ISSN: 0718-6479



Revista Jurídica del Ministerio Público

N°43 - Junio 2010

REVISTA JURÍDIGA DEL MINISTERIO PÚBLIGO

N°43 - Junio 2010

Fiscal Nacional y Representante Legal:

Sabas Chahuán Sarrás

Encargado de la Revista Jurídica del Ministerio Público:

Pablo Campos Muñoz

Comité Editorial:

Pablo Campos Muñoz Coordinador

Sandra Luco Castro Ricardo Mestre Araneda María Cecilia Ramírez Guzmán Manuel Zárate Campos

Colaboradora:

Andrea González Leiva

La Revista Jurídica del Ministerio Público (ISSN N°0718-6479) es una publicación de la Fiscalía Nacional de la Institución, continuadora del Boletín del Ministerio Público, cuyo primer número fue publicado en mayo de 2001. Durante su primer año de publicación, fue editado mensualmente. Durante el año 2002 lo fue cada dos meses y, en el 2003, el incremento del material de difusión generado por la Reforma, forzó su edición trimestral, para fortalecer la recopilación y selección del material a publicar. Contiene 1.- Jurisprudencia; 2.- Comentarios de Jurisprudencia (artículos en que autores pertenecientes al Ministerio Público o externos analizan aspectos doctrinarios interesantes de fallos correspondientes al nuevo procedimiento penal) y 3.- Artículos e Informes de autores pertenecientes al Ministerio Público o externos que analizan diversos temas de derecho, principalmente derecho penal y procesal penal, o se informa sobre distintos aspectos relativos a la reforma procesal penal.

Toda solicitud de canje o donación de la Revista debe dirigirse a la Biblioteca de la Fiscalía Nacional.

Dirección: General Mackenna 1369, 2° piso, Santiago, Chile.

E-mail: sluco@minpublico.cl

Teléfono: 690 9293

Las sentencias publicadas en esta Revista, se encuentran diagramadas de acuerdo al estilo de edición de la misma y sus textos son la transcripción de los originales, salvo cuando involucran a menores de edad, a víctimas de delitos de índole sexual, o testigos cuya identidad no debe ser difundida, caso en el cual, los nombres de las víctimas y/o testigos y parientes, son reemplazados por sus iniciales para resguardar su identidad.

Las expresiones contenidas en los artículos publicados son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no representan, necesariamente, la opinión del Ministerio Público.

ÍNDICE

PRÓLOGO

I MATERIAS DE INTERÉS GENERAI

I. MAIERIAS DE INTERES GENERAL	
Fallos	
Rechaza recurso de nulidad deducido por la defensa. Conducción en estado de ebriedad. Prueba ilícita. Fuente independiente Corte Suprema	9
Requerimiento de inaplicabilidad rechazado. Entrada en vigencia del Código Procesal Penal en la Región Metropolitana. Procedimiento abreviado. Ley más favorable *Tribunal Constitucional**	14
Requerimiento de inaplicabilidad rechazado. Artículo 248 del Código Procesal Penal. Facultad del fiscal de no perseverar en la investigación Tribunal Constitucional	35
II. UNIDAD ESPECIALIZADA ANTICORRUPCIÓN	
Artículos	
Comentarios al modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas establecido por la Ley $N^{\circ}20.393$ en relación a los delitos de cohecho Hernán Fernández Aracena	79
Sentencias Comentadas	
Sentencias asociadas a la investigación y Juicio Oral en contra de la alcaldesa María Amelia Herrera Silva: caso "Revista" Claudia Ortega Forner	97
III. UNIDAD ESPECIALIZADA DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS Y ESTUPEFACIENTES	
Artículos	
Delito de desvío de sustancias químicas controladas	135

Comentario al fallo dictado por la Corte Suprema en el cual se analiza la teoría de la ilicitud de la prueba y la actuación de agentes encubiertos en el marco de

145

Ximena Marcazzolo Awad

Lorena Rebolledo Latorre

Sentencias Comentadas

la Ley N°20.000

IV. UNIDAD ESPECIALIZADA EN DELITOS SEXUALES Y VIOLENTOS

Artículos					
Aportes a la evaluación pericial de víctimas en delitos sexuales Francisco Maffioletti Celedón y Sofía Huerta Castro					
Sentencias Comentadas					
Comentario al fallo del Tribunal Constitucional acerca de la aplicabilidad de los artículos 5, 16, 17 y 1 transitorio de la Ley 19.970, que crea el Sistema Nacional de Registros de ADN Catalina Duque González					
V. UNIDAD ESPECIALIZADA EN LAVADO DE DINERO, DELITOS ECONÓMICOS Y CRIMEN ORGANIZADO					
Artículos					
Modificaciones a la Ley de Propiedad Intelectual Alejandro Moreira Dueñas					
Modelos de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas en la Ley $N^{\circ}20.393$ Antonio Segovia Arancibia					
VI. UNIDAD ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR					
Artículos					
Aspectos jurisprudenciales sobre el delito de amenazas en violencia intrafamiliar Eva Curia Castro y María José Taladriz Eguiluz	237				
Sentencias Comentadas					
Fallo condenatorio en juicio simplificado contradictorio, con víctima de VIF retractada Álvaro Sanhueza Tasso	267				
Valoración del art. 26 de la Ley 20.084. Procedencia de una sanción de internación en régimen cerrado sin existir modificatorias Fernando Santelices Ariztía					

PRÓLOGO

Sin duda una de las grandes novedades jurídicas, aparecidas en nuestro país en el último tiempo, la encontramos actualmente en la modificación legal que permite atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas respecto a ciertos delitos, debido a que se trata de un tópico que se está estudiando en profundidad y que se irá moldeando en su aplicación, a partir de la doctrina y la jurisprudencia nacional.

En este número hemos dedicado un espacio importante para el análisis de esta Ley, presentando dos artículos que la analizan desde el punto de vista de la Unidad Especializada Anticorrupción y desde la perspectiva de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado, con el fin de aportar en la determinación del alcance de estas normas, que conforman una concepción de responsabilidad penal que en nuestro país resulta completamente novedosa.

En otro ámbito de interés, se hace referencia a jurisprudencia que fija criterios en torno a las sanciones aplicables a los adolescentes infractores, o la relevante posibilidad de que existan sentencias condenatorias pese a existir retractación de la víctima, en situaciones de violencia intrafamiliar.

Pero esta edición también presenta temas de relevancia procesal, como es lo referido al tratamiento de la ilicitud de la prueba o el ejercicio de la facultad de no perseverar en la investigación por parte de los fiscales, temas que se debaten amplia y frecuentemente en nuestros Tribunales. En tal sentido, las sentencias a que se hace referencia, permiten advertir desde ya el establecimiento de ciertos criterios claros y precisos sobre el particular.

En suma, ofreciendo en este nuevo número un contenido generado desde la especialidad que otorga el trabajo dedicado a lograr eficiencia en la persecución penal de los delitos que afligen a nuestra sociedad, esperamos seguir contribuyendo en el perfeccionamiento de nuestro sistema penal.

> SABAS CHAHUÁN SARRÁS Fiscal Nacional

MATERIAS DE INTERÉS GENERAL

RECHAZA RECURSO DE NULIDAD DEDUCIDO POR LA DEFENSA. CONDUCCIÓN EN ESTADO DE EBRIEDAD. PRUEBA ILÍCITA. FUENTE INDEPENDIENTE

Tribunal: Corte Suprema

Resumen:

La declaración de ilegalidad de la detención del conductor es un hecho posterior a la prueba respiratoria practicada por los funcionarios policiales durante un control de tránsito, así como a la propia observación de dichos funcionarios, razón por la cual dichas pruebas, obtenidas de forma previa a la detención, no resultan afectadas por la declaración de ilegalidad ex post de ésta, pues derivan de una fuente independiente.

Texto Completo:

Santiago, veinticuatro de junio de dos mil diez.

Vistos:

Por sentencia de dieciocho de marzo de dos mil diez, dictada en la causa **RUC** N°0910025709-K, **RIT** N°2083-2009, por el Tribunal de Garantía de Graneros, se condenó a Juan Francisco Fuentes Santis, a la pena de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo, suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y de su licencia de conducir por el término de seis meses, multa de dos unidades tributarias mensuales, más el pago de las costas del litigio, como autor del delito de manejo en estado de ebriedad, perpetrado el uno de noviembre de dos mil nueve, en la ciudad de Graneros, otorgándosele el beneficio de la remisión condicional de la pena.

En contra de esa resolución, el abogado Hugo Patricio Zamorano Galán, en representación del sentenciado Fuentes Santis, dedujo un recurso de nulidad sustentado en la causal contemplada en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, como se desprende de fojas 6 a 14 de este cuaderno.

Este tribunal estimó admisible el recurso y dispuso pasar los antecedentes al señor Presidente a fin de fijar el día de la audiencia para la vista de la nulidad impetrada, como aparece a fojas 31.

La audiencia pública se verificó el ocho de junio último, con la concurrencia y alegatos del defensor penal Claudio Fierro Morales, en representación del imputado, y del abogado Jaime Lizama Vera, por del Ministerio Público. Luego de la vista del recurso, se citó a la lectura del fallo para el día de hoy, según consta del acta que rola a fojas 38.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, como se indicó, el recurso promovido por la defensa del condenado se sustenta en la causal de nulidad contemplada en el

artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, esto es, cuando en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, conforme a la cual reclama vulneración a la garantía consagrada en el artículo 19, N°7, de la Carta Fundamental, en conexión con el artículo 196, letra f), de la Ley N°18.290, hoy artículo 197, incisos 8°, 9° y 10° del mismo texto legal.

Refiere el compareciente que la decisión cuestionada infringe la disposición de rango superior que dice desconocida al aceptarse como antecedentes de cargo del Ministerio Público, la declaración de dos funcionarios de Carabineros y la prueba documental consistente en el examen intoxilyzer practicado al imputado el día de su detención, no obstante haberse declarado la ilegalidad de ésta.

Indica que el uno de noviembre de dos mil nueve, fecha de los hechos investigados, el Tribunal de Garantía de Graneros declaró la ilegalidad de la detención de su representado por no cumplirse los requisitos del artículo 196, letra f), de la Ley N°18.290, que reglamenta una serie de actuaciones policiales en este tipo de procedimientos, ninguna de las cuales fue acatada en su oportunidad. En esa misma audiencia se procedió a la formalización de la investigación y se formuló requerimiento en procedimiento simplificado.

Añade que el catorce de enero del año en curso se verificó la audiencia de preparación de juicio oral simplificado, oportunidad en la que se excluyó por el juez de garantía, de acuerdo al artículo 276 del Código Procesal Penal, la testimonial del Ministerio Público, esto es, la declaración de los policías Nicolás Alberto Lizama Maricán y Jorge Sánchez Godoy, que practicaron la detención de su defendido, y el documento en que consta el resultado del examen denominado intoxilyzer, por considerar que habían sido obtenidas con ocasión de una actuación declarada nula.

No obstante ello, la Corte de Apelaciones revocó la antedicha decisión al considerar que la ilegalidad de la detención no conlleva necesariamente la ilicitud de la prueba, máxime si la detención es posterior al control del sujeto y se verificó por instrucción del fiscal, es decir, argumenta el tribunal de alzada que los Carabineros no decidieron el acto declarado nulo y que el resultado del examen cuestionado es evidentemente anterior a la detención, de modo que no queda afectado por la declaración de ilegalidad de ésta.

Acota que esa decisión fue ratificada por el tribunal de garantía que condenó a su representado, resolviendo que la declaración de ilegalidad afecta a todos aquellos antecedentes o elementos de investigación recabados con posterioridad al acto ilícito o que deriven de él, pero no a los anteriores, pues hasta ese punto del desarrollo de los hechos, con el obrar policial, no se había vulnerado derecho alguno.

Reclama que los argumentos de la Corte y del juez de garantía son errados, pues suponen que el procedimiento de la detención es complejo y divisible, en circunstancias que no hay norma legal que así lo disponga, y de aceptar esa teoría, la institución del control de la detención se transforma en letra muerta. En efecto, aduce que la actuación de los agentes del Estado supone la concreción de una conducta que puede ser calificada como típica, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 143 del Código Penal. Entonces, la argumentación consistente en que a los Carabineros no les compete representar actos ilegales es errónea, pues sí pueden hacerlo, más aún cuando su conducta puede llegar a revestir caracteres de delito.

Dice que su parte, en la oportunidad procesal correspondiente, solicitó la exclusión de los dos testigos de cargo y de la prueba documental pues emanaban de un procedimiento de detención nulo, de modo que lo que corresponde es determinar si la prueba obtenida con ocasión de esa actuación nula, es posible enmarcarla dentro de lo que la doctrina denomina prueba ilícita, derivada de una actuación que ha sido reconocida como atentatoria de la libertad ambulatoria del imputado.

Aduce que la sustancialidad de la infracción es consecuencia de la autorización de la Corte de Apelaciones de presentar prueba ilícita y de la valoración positiva de ella por parte del tribunal de garantía, desechando las alegaciones de la defensa, fundando su sentencia condenatoria en prueba de cargo obtenida con inob-

servancia de la garantía del artículo 19, N°7, letra b), de la Constitución Política de la República, pues siendo la única prueba incriminatoria, de prescindirse de ella, la decisión debió ser absolutoria.

Con tales argumentos solicita que, acogiéndose el recurso instaurado, se reconozca la ilicitud de la prueba ofrecida por el Ministerio Público –dos testigos y un documento-, al tenor de lo dispuesto en el artículo 276 del Código Procesal Penal; se anule la sentencia y el juicio, determinando que el estado en que hubiere de quedar el procedimiento será el de retrotraer al causa al momento de celebrarse nueva audiencia preparatoria de juicio ante tribunal no inhabilitado.

SEGUNDO: Que el artículo 276 del Código Procesal Penal, a propósito de la exclusión de pruebas para el juicio oral, dispone en su inciso 3º que el juez de garantía excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales. Acorde a ello, el artículo 277, letra f), del texto legal citado, concede apelación únicamente al Ministerio Público contra el auto de apertura, por la exclusión de pruebas decretada por el Juez de Garantía.

En la especie, procediendo de acuerdo a la regla citada precedentemente, el tribunal de garantía excluyó del auto de apertura del juicio oral, el testimonio de los policías Nicolás Alberto Lizama Maricán y Jorge Sánchez Godoy y el resultado del examen intoxilyzer N°0107.

Contra esa resolución el persecutor dedujo un recurso de apelación y obtuvo que la Corte de Alzada, por resolución de diez de febrero último, revocara la decisión del inferior, ordenando agregar en el auto de apertura la prueba del Ministerio Público que había sido excluida, quedando entonces en condiciones de ser rendida en el juicio respectivo.

TERCERO: Que de lo anterior fluye que la controversia en torno a la ilicitud de la prueba del Ministerio Público quedó resuelta de manera definitiva, con la resolución firme de diez de febrero de dos mil diez, que al determinar su incorporación al auto de apertura del juicio oral, validó como lícita esa evidencia; en tal virtud, se trata de una materia que, a juicio de estos sentenciadores, no es factible de ser objeto de una nueva discusión en esta sede, ya que ella está entregada de modo privativo al juez de garantía y al tribunal de alzada, debiendo darse por concluido el debate sobre ese tópico. (En el mismo sentido SCS Rol N°1741-10, de 25 de mayo de 2010).

CUARTO: Que, sin perjuicio de lo anterior, el inciso 2º del artículo 277 del Código Procesal Penal, después de conceder al Ministerio Público el recurso de apelación contra la resolución de primera instancia que excluye pruebas por los motivos señalados en el inciso 3º del artículo 276, previene que lo dispuesto se entenderá sin perjuicio de la procedencia, en su caso, del recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva que se dictare

en el juicio oral, conforme a las reglas generales, de modo que esta Corte se hará cargo del motivo de invalidación esgrimido en el arbitrio procesal intentado, que es de su competencia privativa.

QUINTO: Que al debate sobre una eventual exclusión de prueba debe preceder -en calidad de cuestión previa fundamental-, una determinación acerca de la licitud o ilicitud de la obtención del material probatorio que para el caso en estudio, importa decidir si el actuar policial en un control vehicular se ajustó o no al ordenamiento jurídico que lo rige. Sólo una respuesta negativa a esta interrogante previa es idónea para dar paso a la discusión sobre si tal ilicitud debe originar una exclusión de la prueba así obtenida. (Héctor Hernández Basualto, "La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno", Colección de Investigaciones Jurídicas, Universidad Alberto Hurtado, 2005, Nro. 2, pp. 43 y s.s.).

SEXTO: Que de acuerdo a lo que disponen, en lo pertinente, los artículos 115 B y 196 F, de la Ley N°18.290, si del resultado de la prueba respiratoria practicada por Carabineros se desprende que el conductor ha incurrido en la conducción en estado de ebriedad, se dispondrá su comparecencia ante la autoridad corresprevio pondiente cumplimiento de las exigencias que esta última norma prevé. Entonces, si la detención declarada ilegal es posterior al control policial y deriva del incumplimiento de estas formalidades que sólo surgen como consecuencia de la constatación de la ebriedad, es evidente que no se da la contaminación que reclama el recurrente, pues existe una desconexión causal total entre las pruebas que fundaron la condena, esto es, las declaraciones de los funcionarios policiales y el intoxilyzer, por una parte, y la detención declarada ilegal ex post, por otra.

SÉPTIMO: Que entonces, los argumentos vertidos por el impugnante confunden dos situaciones disímiles, pues no se ha dado valor a una prueba ilegal, por el contrario, dicha prueba se valoró en forma positiva, precisamente, porque no derivaba de ninguna otra obtenida con infracción de garantías constitucionales ni surgió producto de un procedimiento viciado.

Se trata, en consecuencia, de lo que en doctrina se denomina la fuente independiente, esto es, de una vía distinta de admisión de convicción por parte del tribunal, de aquella que se considera ilícita. Dicha autonomía importa en este caso la existencia de prueba anterior y autónoma que permitió acreditar la existencia del ilícito pesquisado y la participación del imputado en él.

En conclusión, no se da una relación causal concreta y determinada entre la ilicitud de base y el material probatorio que se pretende excluir (Héctor Hernández Basualto, cit. pp. 22, 77 y 78), como ocurre en la especie con la constatación visual de los Carabineros del desempeño en estado de ebriedad y el resultado del examen intoxilyzer, previo a la solicitud de orden de detención.

OCTAVO: Que, como corolario de todo lo razonado, cabe concluir que la

sentencia condenatoria cuestionada no se funda en pruebas obtenidas con violación de garantías fundamentales ni derivadas de aquellas, de modo que el recurso de nulidad instaurado, en tanto se apoya en el artículo 19 Nro. 3 de la Constitución Política de la República, en relación al artículo 196, letra f), de la Ley N°18.290, no está en condiciones de prosperar.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 372, 373 letra a), 376 y 384, todos del Código Procesal Penal, SE RECHAZA el recurso de nulidad deducido por el abogado Hugo Patricio Zamorano Galán, en representación de Juan Francisco Fuentes Santis, contra de la sentencia de dieciocho de marzo de dos mil diez, cuyo texto se comunicó a los intervinientes en la audiencia del día diecinueve del mismo mes y año, y que rola de fojas 2 a 5 de este expediente, la que, por consiguiente, no es nula.

Regístrese y devuélvase con su agregado.

Redactó el Ministro Sr. Dolmestch.

Rol N°2333-10.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L. y el abogado integrante Sr. Luis Bates H. No firma el abogado integrante Sr. Bates, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

Autorizada por la Secretaria de esta Corte Suprema Sra. Rosa María Pinto Egusquiza.

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD RECHAZADO. ENTRADA EN VIGENCIA DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL EN LA REGIÓN METROPOLITANA. PROCEDIMIENTO ABREVIADO. LEY MÁS FAVORABLE

Tribunal: Tribunal Constitucional

Resumen:

El artículo 407 del Código Procesal Penal no es una norma sustantiva, puesto que la atenuante del artículo $11\ N^9$ del Código Penal no opera automáticamente con el procedimiento abreviado. En todo caso, si se considerara sustantiva, es pertinente tener en cuenta que la gradualidad permitida por el texto del artículo 8° transitorio de la Constitución no distingue, en relación a la Reforma Procesal Penal, entre leyes sustantivas y adjetivas.

Existen votos de minoría por acoger el requerimiento, al entender que la gradualidad en la vigencia del Código Procesal Penal establecida en su artículo 484, en relación con el artículo 4º transitorio de la Ley Nº19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público, y la octava disposición transitoria de la Constitución Política de la República, se refieren a normas tanto sustantivas como adjetivas, pero ambas de carácter procesal, no penal-constitucional, debiendo primar estas últimas.

Texto Completo:

Santiago, treinta y uno diciembre de dos mil nueve.

VISTOS:

Con fecha 18 de mayo de 2009, el abogado Juan Ignacio Piña Rochefort, en representación de Enrique Figueroa Lea-Plaza, ha formulado una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la frase final del inciso segundo del artículo 484 del Código Procesal Penal, en la causa Rol N°2749-2009, por el delito de conducción en estado de ebriedad, caratulada "Enrique Figueroa Lea-Plaza", en actual conocimiento de la Corte Suprema en sede de casación.

Expone la requirente que con fecha 13 de agosto de 2008 fue condenado en primera instancia a la pena de trescientos días de reclusión nocturna por el delito de conducción en estado de ebriedad. Señala que de acuerdo a los antecedentes contenidos en la sentencia, el día 8 de enero de 2005, a través de un control vehicular, fue sorprendido conduciendo un vehículo en estado de ebriedad. El informe de alcoholemia realizado por el Servicio Médico Legal arrojó 2,00 gramos por mil; a su vez, el examen intoxylizer 400 dio como resultado 1,55 g/l.

Destaca que en la respectiva declaración indagatoria reconoció los hechos que se le atribuían y por ende su responsabilidad en el delito, y enfatiza que se sometió tanto a la prueba intoxylizer como al examen de alcoholemia de manera voluntaria, pudiendo haberse negado a ello

de acuerdo al artículo 190 de la Ley de Tránsito. Luego, indica que la sentencia que lo condenó aplicó la agravante de reincidencia y descartó la atenuante de colaboración sustancial en el esclarecimiento de los hechos (artículo 11 N°9 Código Penal), a pesar de que dicha colaboración había existido. La norma cuestionada en el requerimiento, sostiene, habría sido determinante para que se descartara la referida atenuante.

La norma impugnada dispone:

"Artículo 484.- Entrada en vigencia respecto de hechos acaecidos en el territorio nacional. Este Código comenzará a regir, para las distintas Regiones del país, al término de los plazos que establece el artículo 4º transitorio de la Ley N°19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público.

En consecuencia, regirá para las regiones de Coquimbo y de la Araucanía, desde el 16 de diciembre de 2000; para las regiones de Antofagasta, Atacama y del Maule, desde el 16 de octubre de 2001; para las regiones de Tarapacá, de Aisén del General Carlos Ibáñez del Campo y de Magallanes y de la Antártica Chilena, desde el 16 de diciembre de 2002; para las regiones de Valparaíso, del Libertador General Bernardo O'Higgins, del Bío Bío y de Los Lagos, desde el 16 de diciembre de 2003, y para la Región Metropolitana de Santiago, desde el 16 de junio de 2005."

Expone el actor que el precepto transcrito estableció la entrada en vigencia gradual del Código Procesal Penal en las diversas regiones del país. Esa gradualidad, indica, es legítima cuando afecta a normas

procesales, pero no lo es si con ella se pretende alterar la entrada en vigencia de disposiciones penales de fondo más favorables, como sucedería en la gestión pendiente.

En efecto, señala, la parte final del artículo 407 del Código Procesal Penal dispone, al establecer las normas del juicio abreviado, que "(...)la aceptación de los hechos a que se refiere el inciso segundo del artículo 406 podrá ser considerada por el fiscal como suficiente para estimar que concurre la circunstancia atenuante del artículo 11, Nº9, del Código Penal.(...)" A su vez, el artículo 406 dispone que uno de los presupuestos para la aplicación del procedimiento abreviado consiste en que el imputado acepte los hechos materia de la acusación y los antecedentes de la investigación que la funden.

De esta forma, sostiene la requirente, el artículo 407 del Código Procesal Penal, incorporado por la Reforma Procesal Penal, permitiría conceder la circunstancia atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal a los imputados que se sometan al procedimiento abreviado, lo que no era posible antes de la promulgación de la norma, ya que este procedimiento en una innovación del Código Procesal Penal.

Agrega que una norma que permite apreciar ciertas circunstancias atenuantes –como sería el caso del artículo 407 del Código Procesal Penal–, es más favorable que una ley anterior que no contempla dicha posibilidad.

Así, explica, el artículo 484 del Código Procesal Penal, al establecer la gradualidad de la aplicación de sus normas, impediría aplicar respecto de ciertas situaciones una pena atenuada. De esta forma, no sólo se estaría violando lo que denomina "principio de favorabilidad" contenido en el artículo 19, N°3, inciso octavo, de la Constitución, sino que también se vulneraría la igualdad ante la ley, ya que sujetos que realizan el mismo delito recibirían penas distintas dependiendo de qué estatuto procesal penal les sea aplicado.

En relación al principio contenido en el artículo 19 N°3º, inciso octavo, de la Constitución, señala que el "principio de favorabilidad" -que se ve expresado en el principio de legalidad-, impone tanto la obligación de la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable, como una limitación al legislador respecto de las reglas generales de irretroactividad de la ley. De esta manera, afirma, una nueva ley que contiene una nueva atenuante o que establece que nuevos hechos configuran una atenuante existente, debe entenderse como más favorable y su aplicación no puede entregarse al arbitrio del legislador.

Con fecha 20 de mayo de 2009, la Segunda Sala de esta Magistratura declaró admisible el requerimiento, suspendiendo el procedimiento y pasando los antecedentes al Pleno.

Con fecha 29 de julio se ordenó traer los autos en relación y con fecha 22 de octubre se procedió a la vista de la causa, alegando por la requirente el abogado Juan Ignacio Piña Rochefort.

CONSIDERANDO:

I. LA IMPUGNACIÓN

PRIMERO: Que en el presente requerimiento se impugna la disposición contenida en la frase final del inciso segundo del artículo 484 del Código Procesal Penal, que señala:

"Artículo 484.- Entrada en vigencia respecto de hechos acaecidos en el territorio nacional. Este Código comenzará a regir, para las distintas Regiones del país, al término de los plazos que establece el artículo 4º transitorio de la Ley N°19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público.

En consecuencia, regirá para las regiones de Coquimbo y de la Araucanía, desde el 16 de diciembre de 2000; para las regiones de Antofagasta, Atacama y del Maule, desde el 16 de octubre de 2001; para las regiones de Tarapacá, de Aisén del General Carlos Ibáñez del Campo y de Magallanes y de la Antártica Chilena, desde el 16 de diciembre de 2002; para las regiones de Valparaíso, del Libertador General Bernardo O'Higgins, del Bío Bío y de Los Lagos, desde el 16 de diciembre de 2003, y para la Región Metropolitana de Santiago, desde el 16 de junio de 2005."

SEGUNDO: Que la gestión pendiente sobre la cual se formula el presente requerimiento de inaplicabilidad consiste en una causa por el delito de manejo en estado de ebriedad. En dicha causa se está tramitando actualmente un recurso de casación (Rol N°2749-2009), interpuesto por el requirente de estos autos para impugnar la supuesta aplicación errónea del derecho en que habría

incurrido un fallo de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago (Rol N°5291-2008) al confirmar la sentencia del 22º Juzgado del Crimen de Santiago (ex 31º) (Rol N°186-2005) que lo condenaba como autor del delito de conducir un vehículo motorizado en estado de ebriedad. Consta en la sentencia de primera instancia que el delito se cometió el 8 de enero del año 2005.

TERCERO: Que, según el requirente, el antiguo estatuto penal -que por la fecha de comisión del delito le era aplicable- habría sido determinante para que el juez de primera instancia desechara la atenuante de la colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos, a pesar de que dicha colaboración se habría proporcionado de manera activa por parte del imputado. Afirma el actor que, en cambio, dicha atenuante sí habría tenido que ser considerada en el contexto del nuevo proceso penal de acuerdo a los artículos 407 y 406 del Código Procesal Penal. Ello, a su juicio, tornaría inconstitucional en este punto la gradualidad de la vigencia del nuevo estatuto penal.

CUARTO: Que, al referirse a la supuesta inconstitucionalidad de la norma impugnada, el requirente aduce que el artículo 484 del Código Procesal Penal vulnera tanto el inciso octavo del N°3 del artículo 19, de la Constitución, en donde se contemplaría lo que denomina "principio de favorabilidad" de las leyes penales, como el principio de igualdad consagrado en el artículo N°21 propio artículo 19 constitucional.

En relación con el principio contenido en el artículo 19 N°3 inciso octavo, señala que "el artículo 407 del Código Procesal Penal permite conceder una circunstancia atenuante –la del artículo 11 número 9– a aquellos imputados que conociendo de los hechos materia de la acusación y de los antecedentes de la investigación los acepten expresamente. Antes de la promulgación de esta norma, ello no resultaba posible, por lo que penalmente se trata de una ley más favorable" (fs. 11).

Agrega que, considerada en abstracto, la gradualidad de la entrada en vigencia del Código Procesal Penal, no tiene ningún vicio de inconstitucionalidad en la medida que se refiera a normas de carácter procesal. Sin embargo, señala, no podría alterarse, sin infringir la Constitución, la entrada en vigencia de las disposiciones penales de fondo, ya que en ese caso existe un mandato expreso del constituyente que obliga a la aplicación de la ley más favorable.

Luego, en cuanto al principio de igualdad, afirma que la gradualidad de la incorporación del nuevo estatuto penal entrañaría, en este caso, "...no sólo una violación al principio de favorabilidad establecido en el artículo 19 N°3 inciso 8°, sino que muy especialmente vulnera la igualdad ante la ley, toda vez que sujetos que realizan el mismo hecho y en el marco del proceso realizan el mismo reconocimiento (como el que se presta en la declaración indagatoria) reciben penas distintas según si han sido juzgados conforme a las reglas del Código Procesal Penal o si lo han sido conforme a las reglas del Código de Procedimiento Penal." (fs. 12)

QUINTO: Que, como puede apreciarse, el conflicto constitucional se encuentra centrado en la circunstancia de que el requirente estima que el precepto legal impugnado infringe tanto el principio contenido en el artículo 19 N°3°, inciso octavo de la Constitución Política, como el principio de igualdad (artículo 19 N°2° de la misma Ley Fundamental) al permitir, a través de la gradualidad de la entrada en vigencia de un nuevo estatuto penal, que quienes cometieren delitos bajo la vigencia del antiguo estatuto sean castigados con más severidad que aquellos que perpetraren los mismos delitos bajo la vigencia del nuevo estatuto.

II. ANTECEDENTES.

SEXTO: Que el requerimiento de inaplicabilidad formulado ante esta Magistratura sólo cuestiona la constitucionalidad de la frase final del inciso segundo del artículo 484 del Código Procesal Penal. Sin embargo, la impugnación está construida sobre sucesivas remisiones, tanto al artículo 407 del Código Procesal Penal como al artículo 11 N°9 del Código Penal. Ninguna de estas normas ha sido impugnada.

SÉPTIMO: Que, para resolver el presente requerimiento, es necesario tener presente que la Reforma Procesal Penal entró en vigencia para la Región Metropolitana el 16 de junio de 2005; que la atenuante de "colaboración sustancial en el esclarecimiento de los hechos", contenida en el artículo 11 N°9 del Código Penal, entró en vigor el 31 de mayo de 2002 y fue incorporada por la Ley

N°19.806; y que, por último, la fecha de la comisión del delito fue el 8 de enero de 2005.

OCTAVO: Que valga recordar que el procedimiento abreviado es un procedimiento especial regulado en el Título III del Libro IV del Código Procesal Penal, sobre "Procedimientos especiales y ejecución". El carácter de este procedimiento es el de un procedimiento basado en el consenso, una figura propia del derecho negociado. En ese sentido María Inés Horvitz señala que "...de sistemas fundados, en mayor o menor medida, en los principios inquisitivo y acusatorio se ha ido evolucionando hacia la incorporación progresiva de elementos composicionales en el proceso, instalando un tercer modelo de referencia: el basado en el consenso. En otras palabras, se afirma que el método inquisitivo habría perdido significación para dar lugar a formas procesales que aúnan elementos acusatorios y consensuales". (Horvitz Lennon, María Inés, y López Masle, Julián; Derecho Procesal Penal Chileno; Editorial Jurídica; Santiago, 2002; pág. 503).

- III. LA NORMA IMPUGNADA SE ENCUENTRA VALIDADA POR EL ARTÍCULO 8º TRANSITORIO DE LA CONSTITUCIÓN Y POR LA JURISPRUDENCIA DE ESTE TRIBUNAL.
- Validación por el artículo 8º transitorio de la Constitución.

NOVENO: Que, como se explicará en este apartado, la aplicación gradual de las leyes procesales tiene sustento en la misma Constitución.

En efecto, el artículo 8º transitorio, introducido por la Ley N°19.519, que Crea el Ministerio Público (D.O.16.09.97), dispone lo siguiente:

"Las normas del capítulo VII "Ministerio Público", regirán al momento de entrar en vigencia la ley orgánica constitucional del Ministerio Público. Esta ley podrá establecer fechas diferentes para la entrada en vigor de sus disposiciones, como también determinar su aplicación gradual en las diversas materias y regiones del país.

El capítulo VII "Ministerio Público", la ley orgánica constitucional del Ministerio Público y las leyes que, complementando dichas normas, modifiquen el Código Orgánico de Tribunales y el Código de Procedimiento Penal, se aplicarán exclusivamente a los hechos acaecidos con posterioridad a la entrada en vigencia de tales disposiciones." (Las negritas son nuestras).

DÉCIMO: Que, en la discusión legislativa de la Ley N°19.519 (Boletín 1943-07), la Comisión Técnica respectiva del Senado acordó dejar establecidas las siguientes constancias:

"a) que las leyes que regulan los procedimientos ante los tribunales necesarios para la administración de justicia rigen desde su publicación y pueden ser aplicables a hechos ocurridos con anterioridad a tal publicación, a menos que ellas mismas fijen otro efecto en el tiempo, lo cual no vulnera la garantía de igualdad ante la ley;

b) que no es la voluntad del constituyente alterar en la presente reforma constitucional el principio general que queda enunciado en la letra a) precedente;

c) que la mención que se hace en esta disposición Trigesimasexta transitoria, del Código Orgánico de Tribunales y del Código de Procedimiento Penal, no significa que se estime necesario dar rango constitucional a la regulación de los efectos de las leyes procesales en el tiempo, sino que tiene como único y exclusivo propósito despejar dudas acerca del sentido y alcance que se desea dar a los rasgos de simultaneidad y gradualidad de la instauración del nuevo sistema de proceso penal;

d) que las enmiendas que, como consecuencia de esta reforma constitucional, deban introducirse en el Código Orgánico de Tribunales y en el Código de Procedimiento Penal, también podrán aplicarse gradualmente en las diversas regiones del país;

e) que la aplicación de leyes diversas a conflictos similares, hecha por un mismo tribunal, sí atentaría contra la garantía constitucional de igualdad ante la ley." (Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, Senado, Boletín 1943-07).

UNDÉCIMO: Que, como se observa, el artículo 484 del Código Procesal Penal no hizo más que aplicar la norma del artículo 8º transitorio de la Carta Fundamental al cuerpo legal respectivo. Así consta en la historia del proyecto de ley que establece un nuevo Código de Procedimiento Penal (Boletín N°1630-07-1), según se pasa a explicar.

En la discusión legislativa del actual Código Procesal Penal, la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados escuchó la exposición del entonces decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile, don Jaime del Valle, quien se refirió a la aplicación gradual del Código Procesal Penal en los siguientes términos:

"En su opinión, existirá un período en que necesariamente estarán en funciones los dos Códigos, dado que en su concepto sería un grave error considerar la vigencia del nuevo en una misma fecha para toda la República. Si así se pretendiera, ello resultaría prácticamente imposible, no sólo por los recursos económicos que se requerirían en un momento dado, sino también por los recursos humanos que habrá que preparar y adecuar. Le parece conveniente, por tanto, una aplicación gradual del nuevo Código.

Lo anterior no traería menoscabo ni violación del principio constitucional de la igualdad ante la ley, porque las diferencias del sistema procesal no serían arbitrarias, sino, por el contrario, indispensables para su adecuado funcionamiento. Puso como ejemplo el caso de los tribunales letrados de menor cuantía, que se fueron estableciendo gradualmente en el país, en reemplazo de los jueces no letrados de distrito y de subdelegación, a los que terminaron por sustituir en su totalidad." (Las negritas son nuestras)

DUODÉCIMO: Que, en el proceso de tramitación legislativa, el artículo 484 del Código Procesal Penal fue incorporado por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia Y

Reglamento del Senado con el objeto de regular claramente la transición entre ambos sistemas procesales penales.

A propósito de la aplicación diferida, se indicó que en el artículo 4º transitorio de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público se establecía un plazo de entrada en vigencia de la reforma procesal penal para las distintas regiones del país.

En efecto, la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, N°19.640, dispone en su artículo 4º transitorio:

"Artículo 4º.- Las normas que autorizan al Ministerio Público para ejercer la acción penal pública, dirigir la investigación y proteger a las víctimas y los testigos, entrarán en vigencia con la gradualidad que se indica a continuación:

IV y IX Regiones 16 de diciembre de 2000.

II, III y VII Regiones 16 de octubre de 2001.

I, XI y XII Regiones 16 de diciembre de 2002.

V, VI, VIII y X Regiones 16 de diciembre de 2003.

Región Metropolitana 16 de junio de 2005.

Dentro de los plazos indicados, se conformarán gradualmente las fiscalías regionales, de acuerdo con los recursos que se aprueben en las respectivas Leyes de Presupuestos." A pesar de que el artículo recién transcrito regulaba expresamente las fechas de entrada en vigencia, la Comisión decidió, para mayor claridad, consignar dichas fechas de modo expreso en el Código Procesal Penal. (Boletín N°1630-07-1, Segundo Informe Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado).

DECIMOTERCERO: Que, por otra parte, la voluntad del constituyente de permitir la vigencia gradual de ciertas reformas legislativas ha sido confirmada por la Ley N°20.245, que modifica el artículo 77 de la Carta Fundamental, para que las leyes procesales que establezcan un nuevo sistema de enjuiciamiento puedan fijar oportunidades diferentes para su entrada en vigencia en las diversas regiones del país.

DECIMOCUARTO: Que, en efecto, el artículo 77, inciso final, de la Constitución dispone:

"La ley orgánica constitucional relativa a la organización y atribuciones de los tribunales, así como las leyes procesales que regulen un sistema de enjuiciamiento, podrán fijar fechas diferentes para su entrada en vigencia en las diversas regiones del territorio nacional. Sin perjuicio de lo anterior, el plazo para la entrada en vigor de dichas leyes en todo el país no podrá ser superior a cuatro años."

DECIMOQUINTO: Que, en conclusión, y como se profundizará más adelante, el precepto impugnado tiene perfecta cobertura constitucional en la disposición octava transitoria. Dicha posibilidad de gradualidad

fue confirmada por la reforma constitucional introducida por la Ley N°20.245, ya citada.

 Validación por la jurisprudencia de este Tribunal.

DECIMOSEXTO: Que la doctrina expuesta no hace más que reiterar las consideraciones que esta Magistratura formuló en la STC rol N°784. En aquella causa se había presentado un requerimiento de inaplicabilidad en que se cuestionaba la constitucionalidad de la subsistencia respecto de los militares de la norma del artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, no obstante la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal. La sentencia rechazó el requerimiento en base a las siguientes consideraciones:

"VIGESIMOCUARTO: Que de las normas reseñadas precedentemente puede inferirse que fue el propio Constituyente quien autorizó diferencias de trato en el juzgamiento por parte de tribunales militares y de otros tribunales mientras no se produjera la adecuación de los primeros a las reglas de procedimiento aplicables a la generalidad de la población del país. Desde esta perspectiva, la legislación que así lo ha reconocido no hace más que aplicar el mandato contenido en la propia Constitución.

(...)

VIGESIMOQUINTO: Que, consecuentemente, desde el punto de vista de la igualdad ante la ley resulta que la diferencia de trato existente entre el inciso primero del artículo 509 del Código de Procedimiento Penal y el artículo 351 del Código Procesal Penal no sólo resulta razonable en la perspectiva de los tiempos que el propio Constituyente ha querido otorgar al legislador para adecuar el procedimiento aplicable a la justicia militar a aquél que hoy rige para todo el resto de la población del país, sino que, al mismo tiempo, importa una diferencia objetiva a cuyo conocimiento cualquier persona interesada ha podido tener acceso en forma consecuente con el desarrollo de la nueva reforma procesal penal;"

DECIMOSÉPTIMO: Que, de todos los antecedentes expuestos se deduce que la gradualidad contenida en la norma del artículo 484 del Código Procesal Penal obedece a un expreso mandato constitucional que, por estar contenido en la Constitución, no puede calificarse de inconstitucional. Expresamente, en la elaboración de la norma contenida en el artículo 8º transitorio de la Ley Suprema, se buscó despejar cualquier duda de inconstitucionalidad en la materia.

Esto bastaría para desechar el alegato de vulneración de la igualdad ante la ley. Pero esta Magistratura se hará cargo de los demás alegatos planteados por el requirente.

IV. EL ARTÍCULO 8º TRANSITORIO SE APLICA TANTO A NORMAS SUSTANTIVAS COMO ADJETIVAS.

DECIMOCTAVO: Que el requirente ha planteado que la gradualidad de la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Penal, considerada en abstracto, no contiene ninguna inconstitucionalidad. Sin embargo,

se tornaría inconstitucional cuando afecta leyes penales de fondo. Así, señala, "si el Código Procesal Penal contuviere un delito que resultare más favorable que una tipificación anterior, ninguna alteración a su vigencia podría haber diferido su aplicación pues la constitución (sic) manda a aplicar la ley penal más favorable desde su promulgación." (fs. 6).

DECIMONOVENO: Que, al razonar como lo hace, el requirente introduce la distinción entre normas penales de fondo y normas simplemente procesales, y plantea que la gradualidad es legítima en la medida que no afecte leyes penales de fondo, todo ello a la luz del artículo 19 N°3, inciso octavo, de la Constitución.

VIGÉSIMO: Que, como se desarrollará más adelante en este fallo, la norma del artículo 407 del Código Procesal Penal no es una norma sustantiva puesto que la atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal no opera automáticamente con el procedimiento abreviado.

En todo caso, si se considerara sustantiva, es pertinente tener en cuenta que la gradualidad permitida por el texto del artículo 8º transitorio de la Constitución no distingue, en relación a la Reforma Procesal Penal, entre leyes sustantivas y adjetivas.

VIGESIMOPRIMERO: Que así lo confirma la Ley N°20.245 que, con posterioridad a la Reforma Procesal Penal, modificó el artículo 77 de la Constitución. En esta última se habilitó expresamente al legislador para introducir la aplicación gradual territorial en ciertos casos, pero

solamente cuando se tratare de leyes procesales que regularan sistemas de enjuiciamiento.

VIGESIMOSEGUNDO: Que, para facilitar la comparación entre los dos preceptos constitucionales que permiten introducir sistemas diferidos de vigencia, se transcriben a continuación.

El artículo 8º transitorio, relativo a la Reforma Procesal Penal, dispone:

"Las normas del capítulo VII "Ministerio Público", regirán al momento de entrar en vigencia la ley orgánica constitucional del Ministerio Público. Esta ley podrá establecer fechas diferentes para la entrada en vigor de sus disposiciones, como también determinar su aplicación gradual en las diversas materias y regiones del país.

Por su parte, el artículo 77, inciso final, en su versión reformada, prescribe:

"La ley orgánica constitucional relativa a la organización y atribuciones de los tribunales, así como las leyes procesales que regulen un sistema de enjuiciamiento, podrán fijar fechas diferentes para su entrada en vigencia en las diversas regiones del territorio nacional. Sin perjuicio de lo anterior, el plazo para la entrada en vigor de dichas leyes en todo el país no podrá ser superior a cuatro años."

VIGESIMOTERCERO: Que, como puede apreciarse, la distinción introducida por el constituyente en el nuevo artículo 77 inciso final, no existe en el artículo 8º transitorio. Es decir, pudiendo haber distinguido y existiendo la distinción respecto

de otras materias, en relación a las normas del Ministerio Público que a su vez contienen y sustentan las otras normas relativas a la Reforma Procesal Penal, no se hizo distinción alguna.

Luego, no puede afirmarse que el artículo 8º transitorio de la Constitución es inconstitucional por contradecir lo dispuesto en el artículo 19 N°3, inciso octavo, de la misma Constitución. En aquellos casos debe darse a la Constitución una interpretación armónica que permita la subsistencia de todos sus preceptos.

vigesimocuarto: Que reafirma lo anterior el tenor del mensaje de la Ley N°20.245 precedentemente citada (Boletín 5560-07):

"(...) que, atendidos los resultados obtenidos a través de la implementación gradual de la reforma procesal penal, se ha llegado al convencimiento que tal habilitación debe ser extendible a otros procesos de reforma que involucran una serie de factores que sólo pueden ser medidos y probados de manera paulatina, permitiendo de esta forma que los grandes cambios propuestos a nivel normativo, logren cristalizarse a través de una implementación adecuada a las realidades políticas, culturales y sociales de la Nación."

(...)

"En consecuencia, la modificación propuesta apunta a establecer una habilitación constitucional al legislador, de manera explícita, para configurar del modo que sea más conveniente en cada caso, la aplicación progresiva de

las leyes procesales que establezcan un nuevo sistema de enjuiciamiento.

En tal sentido, la reforma sometida a vuestra consideración no tiene por objeto introducir a nivel constitucional una regulación, en términos generales, de los efectos de la ley en el tiempo y en el espacio. Esta es una cuestión que sigue entregada a la configuración del legislador."

VIGESIMOQUINTO: Que en la discusión legislativa recién referida se enfatizó que la respectiva reforma constitucional salvaría la eventual contradicción de un sistema de aplicación gradual con el principio de igualdad. En ese sentido se lee el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados:

"Los representantes del Ejecutivo, haciéndose cargo de las objeciones formuladas, señalaron que la habilitación que se establecía resultaba necesaria, precisamente, porque la gradualidad territorial que se proponía, podía entrar en conflicto con principios constitucionales como la igualdad en la ley y ante la ley y con la concepción del estado unitario. Insistieron en que no se proponía una regulación, en términos generales, de los efectos de la ley en el tiempo, algo siempre de dominio del legislador, sino que de una habilitación diferida en el ámbito territorial para la entrada en vigencia de un sistema de enjuiciamiento (...)

Recordaron que en el caso de la reforma procesal penal, se había criticado su implementación por cuanto al aplicar en algunas regiones un régimen con más garantías que el vigente en las zonas en que, producto de la gradualidad, aún no se implementaba la reforma, se estaría atentando contra el principio de la igualdad ante la ley. Tales críticas no tendrían mayor asidero, toda vez que el principio citado debería complementárselo con lo que señala el párrafo segundo del número 2° del artículo 19, que establece que ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias, de lo que se seguiría que no sería un régimen de identidad ante la ley lo que garantizaría la Constitución, sino la proscripción de regimenes jurídicos privilegiados o arbitrarios. En todo caso, la misma Constitución habría permitido la aplicación gradual de la reforma en la disposición octava transitoria, precedente que habría zanjado la discusión acerca de la constitucionalidad de la aplicación diferida de la norma en el ámbito territorial."

En el mismo sentido apunta la intervención en la discusión en la Cámara de Diputados del Señor Bustos, quien señaló que:

"... desde un punto de vista jurídico, **si** no se establecía constitucionalmente la gradualidad, se iba a producir un problema en relación con la igualdad ante la ley y con el debido proceso. Por eso, con esta nueva reforma a la Constitución Política se salva el problema de igualdad ante la ley, pues se establece la gradualidad territorial de la entrada en vigencia de las nuevas leyes de organización de los tribunales y de las leyes sobre enjuiciamiento, y también se salva el problema desde el punto de vista del debido proceso, que era un tema que había quedado pendiente respecto de la reforma procesal penal."(CÁMARA DE DIPUTA-DOS, LEGISLATURA 355ª, Sesión 123ª, en jueves 3 de enero de 2008).

VIGESIMOSEXTO: Que, además, en el mismo mensaje de la Ley N°20.245 se dejó expresamente consignada la idea de que la reforma del artículo 77 de la Constitución se refería sólo a normas procesales y no sustantivas, lo que contrasta con el tenor del artículo 8º transitorio de la Carta:

"En primer lugar, la reforma extiende sus efectos sólo sobre las leyes procesales, tal como comienza enunciando la norma propuesta.

Ahora bien, la expresión "leyes procesales" requiere ciertas precisiones.

Desde luego, el contenido de estas normas comprende no sólo a aquellas que se refieren a procedimientos y que han sido clasificadas doctrinariamente como normas de derecho procesal funcional, sino también aquellas relativas a la determinación de los órganos que intervienen en ellos, así como la determinación de sus competencias, es decir, normas de derecho procesal orgánico. En efecto, una de las definiciones dadas por la doctrina a la expresión "ley procesal", señala que se trata de "aquella norma jurídica que dice relación con la organización de los tribunales de justicia, con la determinación de sus atribuciones y competencias o con el establecimiento de las normas de procedimiento a que deben someterse tanto los tribunales como las personas que actúan en el proceso".

Dicho de manera simple, el término "leyes procesales" no comprende las leyes sustantivas. El término se refiere a las

normas denominadas "ordenatoria litis", excluyendo a las normas sustantivas o "decisoria litis".

Por otra parte, la utilización de una fórmula en plural ("leyes procesales") permite dar cuenta que, dada la magnitud que reviste establecer un sistema de enjuiciamiento, muchas veces es necesario la dictación de más de un cuerpo legal para hacer frente a los distintos aspectos, tanto funcionales como orgánicos. Así, suele suceder que una sola ley no baste para instaurar un sistema de estas características y, sin embargo, sea parte indispensable del funcionamiento efectivo del mismo, por lo que su entrada en vigor se relacione en forma interdependiente junto a la entrada en vigencia de otros cuerpos legales. La configuración de estos mecanismos queda entregada al legislador." (Mensaje Ley N°20.245).

VIGESIMOSÉPTIMO: Que, en síntesis, la gradualidad de la Reforma Procesal Penal se aplica tanto a normas sustantivas como adjetivas. Cuando se ha querido limitar dicha posibilidad sólo a normas adjetivas, así se ha formulado de manera expresa, tal como se hizo en la reforma del artículo 77 de la Carta Fundamental, introducida por la ya referida Ley N°20.245.

V. EL ARTÍCULO 11 N°9 DEL CÓDIGO PENAL NO SE APLICA AUTOMÁTICAMENTE EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO.

VIGESIMOCTAVO: Que, por otra parte, el requirente ha planteado que la infracción constitucional supuestamente contenida en el artículo impugnado, se produce

porque la aplicación o no aplicación del procedimiento abreviado sería determinante para la procedencia o improcedencia de la atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal. De este modo existiría un obligado vínculo entre la aplicación del procedimiento abreviado y la modificación de responsabilidad penal derivada de la atenuante que éste llevaría implícita.

VIGESIMONOVENO: Que, como ya se señaló precedentemente, el procedimiento abreviado es un procedimiento especial regulado en el Título III del Libro IV del Código Procesal Penal, sobre "Procedimientos especiales y ejecución".

Este procedimiento "importa, básicamente, en su esencia una auténtica negociación que es llevada a cabo por los principales sujetos del proceso, esto es, el imputado y el fiscal, transacción que queda concretada y plasmada en la existencia de un verdadero acuerdo" (Correa Selamé, Jorge Danilo; Procedimiento abreviado y salidas alternativas; Editorial PuntoLex; Santiago, 2007; pág. 107).

TRIGÉSIMO: Que no le corresponde a esta Magistratura entrar a calificar si en el caso de autos procede o no la atenuante contemplada en el artículo 11 N°9 del Código Penal, ya que aquello corresponde al juez que resolverá el fondo del asunto. No obstante, para llevar a cabo el requerido análisis de constitucionalidad, este Tribunal debe constatar que la atenuante a la que el artículo 407 del Código Procesal Penal hace referencia a propósito del procedimiento abreviado, no procede automática-

mente con dicho procedimiento. Para que proceda es necesario que concurran tanto los requisitos que establece el artículo 407 del Código Procesal Penal como los que establece el Código Penal para que se entienda sustancialmente configurada la respectiva atenuante.

1. Los requisitos que establece el artículo 407 del Código Procesal Penal para que proceda la atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal en el procedimiento abreviado.

TRIGESIMOPRIMERO: Como primera cuestión, se debe tener en cuenta que el artículo 406 del Código Procesal Penal establece los siguientes presupuestos para el procedimiento abreviado:

- 1. Que la pena solicitada por el fiscal en su acusación no supere un cierto límite;
- 2. Que el imputado acepte los hechos materia de la acusación y los antecedentes de la investigación que la funden; y
- 3. Que el querellante, si lo hubiere, no se oponga al procedimiento abreviado o, si lo hace, su oposición no se considere fundada.

TRIGESIMOSEGUNDO: Que, tal como se señaló, la aceptación de los hechos por parte del imputado es una de las circunstancias que deben concurrir para la procedencia de este procedimiento. Concurriendo dicha circunstancia, además de las otras que establece el referido artículo, el fiscal puede solicitar al juez de garantía el procedimiento abreviado y en

esa solicitud el fiscal tiene la <u>facultad</u> de considerar como suficiente dicha aceptación para estimar que concurre la circunstancia atenuante del artículo 11, N°9, del Código Penal.

Así lo establece el inciso tercero del artículo 407 del Código Procesal Penal (en lo sucesivo CPP) al disponer:

"Si se hubiere deducido acusación, el fiscal y el acusador particular podrán modificarla según las reglas generales, así como la pena requerida, con el fin de permitir la tramitación del caso conforme a las reglas de este Título. Para estos efectos, la aceptación de los hechos a que se refiere el inciso segundo del artículo 406 podrá ser considerada por el fiscal como suficiente para estimar que concurre la circunstancia atenuante del artículo 11, N°9, del Código Penal, sin perjuicio de las demás reglas que fueren aplicables para la determinación de la pena." (Las negritas son nuestras).

TRIGESIMOTERCERO: Que, una vez formulada la solicitud de procedimiento abreviado, el juez de garantía puede pronunciarse rechazando la solicitud o aceptándola (Artículo 410 del CPP).

Si la rechaza dictará el auto de apertura del juicio oral y se tendrán por no formuladas la aceptación de los hechos por parte del acusado y la aceptación de los antecedentes por parte del imputado.

Si la acepta, se procederá a la tramitación en conformidad al procedimiento abreviado y el juez "no podrá imponer una pena superior ni más desfavorable a la requerida por el fiscal o el querellante, en su caso." (Artículo 412 del CPP).

TRIGESIMOCUARTO: Que, como se advierte de las normas citadas precedentemente, dentro del procedimiento abreviado, la aplicación de la atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal está sujeta a un doble requisito para su procedencia. Por una parte, es necesario que el fiscal estime que es aplicable y la incorpore en su solicitud de pena; por la otra, es necesario que el juez acoja la solicitud de procedimiento abreviado.

TRIGESIMOQUINTO: Que, en consecuencia, la atenuante no procede de manera automática. Si bien es cierto que el juez no puede imponer una sanción más severa que la solicitada por el fiscal, y eso se puede considerar una ventaja del procedimiento abreviado, también es cierto que la procedencia de la atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal depende tanto de una estimación facultativa del fiscal como de la aceptación de procedencia del procedimiento abreviado por parte del juez de garantía.

TRIGESIMOSEXTO: Que, si se hace un contraste entre el nuevo escenario del procedimiento abreviado y el antiguo procedimiento penal, se puede verificar que en éste la atenuante de la "colaboración sustancial"—o de la "espontánea confesión", que era la atenuante original—también podía ser considerada por el juez para determinar la pena.

TRIGESIMOSÉPTIMO: Que, en conclusión, la condición de aceptación de los hechos por parte del imputado es un presupuesto lógica y necesariamente vinculado al inicio del procedimiento abreviado, ya que éste consiste precisamente en una negociación en la que el imputado renuncia a su derecho a tener un juicio oral a cambio de que el fiscal ofrezca una pena que sirva como límite para el juez.

Sin embargo, a esa aceptación de los hechos, necesaria para la procedencia del procedimiento abreviado, no le sigue la consecuencia lógica de la aplicación de la atenuante.

TRIGESIMOCTAVO: Que la no procedencia automática de la respectiva atenuante en el procedimiento abreviado ha sido confirmada en abundante jurisprudencia de los tribunales ordinarios.

Así, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Santiago, en la causa RUC 0500398487-9, Ingreso Corte 223-2005, señaló:

"Que la atenuante del artículo 11 Nº9 solicitada por la defensa se rechazará, dado que no concurren antecedentes que la sustenten. En efecto, el hecho de aceptar el procedimiento abreviado de parte del imputado, es decir, no controvertir los hechos de la acusación y aceptar los antecedentes de la investigación no deviene automáticamente en el nacimiento de la atenuante indicada. De ser así, se podría producir una consecuencia peligrosa para toda la estructura del sistema, cual es que todo procedimiento abreviado traería consigo una modificatoria de responsa-

bilidad penal, obligando al Ministerio Público a desarrollar una actividad argumentativa frente a una verdadera suerte de presunción que el legislador no ha previsto. En la especie, la renuncia que realiza el imputado a su derecho a tener un juicio oral, público y contradictorio de manera libre, supone de otra parte obtener un marco penal más favorable, con toda certeza que no podrá imponérsele una pena más elevada que la que solicitaba el Ministerio Público y, con ello, evitar las consecuencias de una exposición abierta como lo es el juicio oral. No existe investigación alguna que mejore o disminuya por ir a un juicio oral. Otra cosa es lo que se logre acreditar en él. Mas, cerrada la investigación y practicada la acusación, no es posible seguir recopilando antecedentes para llevarlos como prueba al juicio."

En el mismo sentido, la misma Corte de Apelaciones de Santiago ha expresado (causa RUC 0500321450-K, ingreso Corte 78-2005):

"90) Que, en consecuencia, no puede asimilarse esta modificatoria de responsabilidad penal a una ventaja adicional del procedimiento abreviado. En efecto, este procedimiento garantiza al acusado que en el evento que se dicte sentencia condenatoria, no podrá imponérsele una pena superior a la solicitada por el Fiscal, aunque sí una de menos entidad y es, precisamente, en ello que radica la ventaja que para el imputado representa ser juzgado en este procedimiento.

10°) Que, por otra parte, debe considerarse que constituye presupuesto indispensable para la aplicación del procedimiento de que se trata que el imputado, estando en conocimiento de los

hechos materia de la acusación y de los antecedentes de la investigación en que ella se funda, los acepte expresamente y manifieste su conformidad con la aplicación del mismo, de manera que esta aceptación no puede al mismo tiempo configurar la minorante en análisis, si como sucede en este caso, ella no está avalada por otros elementos que aquél hubiere aportado a la investigación".

La misma doctrina se puede encontrar en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, Ingreso 826-2004:

"TERCERO: Que, en la especie, el imputado no ha declarado en el proceso, ni tampoco integró ninguna actuación que pudiera ser apreciada como de colaboración al esclarecimiento de los hechos, sin que pueda atribuirse esta virtud a su aceptación expresa de los hechos y su conformidad con la aplicación de este procedimiento, supuesto que tal aceptación es, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 406 del Código Procesal Penal, presupuesto para el procedimiento abreviado que, en todo caso, precisa de la voluntad del imputado y el Fiscal y su aprobación por parte del Juez de Garantía"

 Los requisitos sustanciales exigidos por el Código Penal para que se entienda configurada la atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal.

TRIGESIMONOVENO: Que, como se ha constatado, para que efectivamente concurra la minorante del artículo 11 N°9 del Código Penal, es necesario que exista una verdadera y sustancial colaboración.

La norma que contiene la atenuante dispone que ésta se aplica "si se ha colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos." Antes de la reforma introducida por la Ley N°19.806, el Código Penal se refería a la "espontánea confesión". De acuerdo a los criterios jurisprudenciales desarrollados a propósito de la "espontánea confesión", para que ésta fuera procedente y atenuara la responsabilidad penal, era necesario que se cumplieran estrictas circunstancias. Dichos criterios se han mantenido bajo la nueva atenuante de "colaboración" sustancial. En ese sentido, Miguel Angel González señala:

"Como hemos visto, algunos entendieron que el artículo 11 número 9 en su actual concepción, sería de una aplicación más laxa que su antecesor lo que, a nuestro modo de ver, no ha ocurrido. Por el contrario, el criterio jurisprudencial ha sido similar al seguido para interpretar la fenecida aminorante de la confesión espontánea" (González, Miguel Angel; La circunstancia atenuante del artículo 11 número 9 del Código Penal y su evolución legislativa: desde la confesión espontánea a la colaboración sustancial; Gaceta Jurídica N°318; Santiago, 2006; pág. 22).

CUADRAGÉSIMO: Que, de acuerdo a los criterios jurisprudenciales desarrollados en la materia, la colaboración debe ser "sustancial". Esto significa que debe ser considerable o incluso determinante para esclarecer la ocurrencia de un delito, de modo que sin la colaboración del imputado la persecución del delito habría sido difícil o imposible. Ello

implica una calificación por parte del juez.

En ese sentido se ha pronunciado la jurisprudencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta que declaró:

"En efecto, con esta minorante se pretende premiar al imputado que, por vía de aportar antecedentes, facilita la labor de persecución del Estado, desarrollando así una actuación a la que no está obligado en modo alguno desde que tiene derecho a guardar silencio durante todo el procedimiento.

Sin embargo, aún si consideráramos que los acusados por la vía de sus confesiones han colaborado al esclarecimiento de los hechos, de todas formas deberíamos concluir que no concurre la atenuante, pues no cualquier ayuda es apta para producir el efecto morigerador de su responsabilidad, desde que la norma predica que la misma debe ser sustancial, es decir, se requiere que de modo considerable, si no decisivo, aporte a la aclaración de un delito. Sólo estas poderosas razones de política-criminal, autorizan para alterar el régimen punitivo normal del Código en el entendido que sin la colaboración del imputado por vía de su confesión u aporte de otros antecedentes probatorios, necesariamente calificados, como testigos, instrumentos o evidencias materiales, la persecución penal habría sido imposible o altamente dificultosa. Así por lo demás lo deja claro la Comisión de Legislación y Justicia del Senado lo que se manifiesta también en haber considerado como modelo el Código Penal austríaco del año 1.974, que concibe como atenuante, también con un alto estándar de procedencia: "cuando el autor mediante su declaración ha contribuido esencialmente al descubrimiento de la verdad".

(...)

De este modo, si bien se modificó la redacción de la norma para compatibilizarla con los principios ya indicados, debe necesariamente estimarse que la alta exigencia que planteaba la norma para atenuar la responsabilidad penal, esto es, que el único medio para establecer la participación del procesado fuera su confesión espontánea, se mantienen, requiriéndose también hoy día que la contribución del imputado sea determinante a la hora de la aclaración de los hechos." (considerando 15, 27-06-2002, RUC 010080348-7, RIT N°11-2002).

Manteniendo la misma doctrina jurisprudencial recién expuesta, el Tribunal Oral de Talca, en causa RIT 9-2003, señala que la colaboración no sería sustancial si no aporta nada nuevo en la investigación:

"...lo esencial y más importante de la investigación son precisamente sus fines y éstos no son otros que la comprobación del hecho y la identificación y responsabilidad de los partícipes en el mismo, elementos ambos que se encontraban plenamente establecidos con antelación al primer contacto personal que Carabineros tuvo con el acusado..."

En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Oral de Antofagasta, en causa RIT 69-2005, en relación con la confesión del acusado:

"Si bien el imputado confesó la perpetración del delito, ello no necesariamente configura la atenuante, pues **lo que la** constituye no es ese reconocimiento sino la colaboración al esclarecimiento de los hechos".

 (\ldots)

"Cierto es que en oportunidades una confesión plena puede constituir la colaboración exigida en la norma, pero no cuando el ilícito y la participación están cabalmente demostrados a la hora de la intervención del acusado".

Con la misma lógica de los fallos anteriores, el Juzgado de Garantía de Loncoche, en causa RIT 676-2001, configura el requisito de la colaboración sustancial de un modo exigente, sin el cual la persecución penal habría sido imposible:

"...consta que el acusado presta declaración voluntaria ante Carabineros aun antes de ser detenido y luego ante la fiscalía, renunciando a su derecho a no autoincriminación, lo que evidencia subjetivamente una colaboración de contribuir en la investigación brindando los elementos necesarios que permitieron concluir prontamente con ésta. Al respecto para dar por configurada la atenuante mencionada, debemos entender que sin la colaboración del imputado por vía de la confesión y aporte de otros antecedentes probatorios, necesariamente calificados, la persecución penal habría sido imposible o altamente dificultosa". (...)

"Efectivamente, la declaración oportuna, veraz y efectiva, en la que reconoce el hecho ilícito y su participación, es sustancial, pues sin ella no podríamos sostener con tal convicción ambos hechos y los supuestos del delito de robo en que nos encontramos. Como se ve, la colaboración del acusado aportó elementos variados convincentes y abundantes a la determinación fáctica del fiscal y del Tribunal, pues no se hubiese llegado a tal conclusión sin sus declaraciones, pues a este juicio, cabe concluir que excluida dicha colaboración, sin lugar a dudas el resultado de la persecución hubiera sido distinto..."

CUADRAGESIMOPRIMERO:

Que, como se ha expuesto, no basta con la aceptación de los hechos por parte del imputado, para que se entienda configurada la referida atenuante. Más bien, para dicha procedencia, se requieren exigentes circunstancias adicionales.

En consecuencia, no existe un vínculo obligado entre el procedimiento abreviado y la atenuación de la responsabilidad penal. De este modo, la no aplicación del procedimiento abreviado no equivale a una afectación del artículo 19 N°3°, inciso octavo, de la Constitución.

VI. LA ATENUANTE DEL ARTÍCULO 11 N°9 DEL CÓDIGO PENAL PUEDE SER INVOCADA DE FORMA SEPARADA DEL ARTÍCULO 407 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL.

CUADRAGESIMOSEGUNDO:

Que en el alegato del requirente subyace el deseo de aplicar retroactivamente el artículo 407 del Código Procesal Penal a la fecha en que se cometió el delito, bajo la apariencia de una supuesta norma más favorable. De este modo, pretende aplicar hacia el pasado –cinco meses antes (enero de 2005 en vez de junio de 2005)– un procedimiento específico

para poder, en ese contexto, invocar una atenuante reglada con ciertos efectos que el mencionado procedimiento establece. No obstante, la sola atenuante a que se remite el artículo 407 del CPP, es decir la del N°9 del artículo 11 del Código Penal, a pesar de que está vigente desde mayo de 2002, no introduce los efectos pretendidos por el actor. Estos efectos, propios del procedimiento abreviado, sólo se aplican en ese procedimiento y no hay razón, ni desde el principio contenido en el artículo 19 N°3, inciso 8º de la Constitución, ni desde el principio de igualdad, para extender su aplicación del modo pretendido por el requirente.

CUADRAGESIMOTERCERO:

Que, sin embargo, en su lugar cabe precisar que la referida atenuante no la configura el nuevo Código Procesal Penal en su artículo 407, sino que remite al Código Penal. El artículo 407 del CPP dispone:

"Si se hubiere deducido acusación, el fiscal y el acusador particular podrán modificarla según las reglas generales, así como la pena requerida, con el fin de permitir la tramitación del caso conforme a las reglas de este Título. Para estos efectos, la aceptación de los hechos a que se refiere el inciso segundo del artículo 406 podrá ser considerada por el fiscal como suficiente para estimar que concurre la circunstancia atenuante del artículo 11, N°9, del Código Penal, sin perjuicio de las demás reglas que fueren aplicables para la determinación de la pena." (Las negritas son nuestras).

CUADRAGESIMOCUARTO:

Que la norma del artículo 11 N°9 del

Código Penal, a que se hace remisión, establece:

"Art. 11. Son circunstancias atenuantes:

(...)

9a. Si se ha colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos."

CUADRAGESIMOQUINTO:

Que la atenuante de colaboración sustancial contenida en el artículo 11 N°9 del Código Penal fue incorporada a dicho cuerpo legal por mandato del artículo 1º de la Ley N°19.806, que Establece las Normas Adecuatorias del Sistema Legal Chileno a la Reforma Procesal Penal. Entró en vigor el 31 de mayo de 2002, de acuerdo a la regla general establecida en el artículo transitorio de la Ley N°19.806, que dispone:

"Artículo transitorio. - Las normas de la presente ley entrarán en vigencia a partir de la fecha de su publicación en el Diario Oficial.

Se exceptúan aquellas normas relativas al ejercicio de la acción penal pública, la dirección de la investigación y la protección de las víctimas y testigos; a la competencia en materia penal y a la ley procesal penal aplicable, todas las cuales entrarán en vigencia gradualmente para las Regiones I, XI, XII, V, VI, VIII, X y Metropolitana de Santiago, de conformidad al calendario establecido en el artículo 4º transitorio de la ley N°19.640.".

CUADRAGESIMOSEXTO: Que el punto anotado es relevante porque la Reforma Procesal Penal entró en vigor en la Región Metropolitana el

16 de junio de 2005, mientras que la reforma del Código Penal, que incorporaba la nueva atenuante en estudio, lo hizo el 31 de mayo de 2002. En consecuencia, la vigencia de la referida atenuante es anterior a la entrada en vigor de la Reforma Procesal Penal para la Región Metropolitana. La relevancia de estas fechas radica en que, según consta en el fallo de primera instancia, el delito fue cometido por el requirente el 8 de enero de 2005.

De este modo, ya descartada la idea de que el procedimiento abreviado se traduce necesariamente en una atenuación automática de la pena, en nada podía afectarle al requirente la gradualidad de aplicación del Código Procesal Penal establecida en el artículo impugnado, ya que la atenuante, es decir la verdadera norma que permitiría una atenuación de la pena, ya se encontraba vigente cuando cometió el delito.

CUADRAGESIMOSÉPTIMO:

Que, en segundo lugar, la pretensión del actor en el sentido de que el contexto del procedimiento abreviado lo favorece sustancialmente por llevar aparejada una atenuación de responsabilidad, es una afirmación que se contradice en los hechos. En efecto, como ya se ha referido, en el nuevo procedimiento abreviado se requiere, para la procedencia de la atenuante, tanto los requisitos propios del procedimiento abreviado como los requisitos sustanciales de la respectiva atenuante. En cambio, en el procedimiento penal antiguo sólo se requiere la satisfacción de estos últimos requisitos sustanciales. Esto confirma la decisión de rechazar el alegato del requirente relativo a una supuesta vulneración del principio contenido en el artículo 19 N°3, inciso octavo, de la Carta Fundamental.

Y VISTO lo prescrito en los artículos 19, N°s. 2° y 3°, inciso octavo, 93, inciso primero, N°6°, e inciso undécimo, de la Constitución Política y las disposiciones pertinentes de la Ley N°17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE DECLARA QUE SE RECHAZA EL REQUERI-MIENTO DE INAPLICABI-LIDAD DEDUCIDO A FOJAS 1. DÉJESE SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCE-DIMIENTO DECRETADA A FOJAS 28.

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake y Mario Fernández Baeza quienes estuvieron por acoger el requerimiento en orden a los siguientes motivos:

1. Que el tercer inciso del artículo 407 del denominado Código Procesal Penal faculta al fiscal, al solicitar un procedimiento abreviado, para considerar que concurre la atenuante del artículo 11, número 9º del Código Penal ("si ha colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos") cuando el imputado ha aceptado los hechos materia de la acusación, según lo señala el inciso segundo del artículo 406 del ya citado cuerpo legal procedimental.

- 2. Que la citada facultad del fiscal debe considerarse enmarcada dentro de aquellas circunstancias que configuran "la ley más favorable al reo", la más antigua y reputada excepción al principio de la irretroactividad de la ley penal, que en nuestro ordenamiento constitucional encuentra consagración en el inciso séptimo del número 3º del artículo 19 de la Constitución Política de la República: "Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración a menos que una nueva ley favorezca al afectado."
- 3. Que la expresión constitucional citada "nueva ley", incluye sin duda al Código Procesal Penal, aún –pero especialmente– cuando su entrada en vigencia acaece después de perpetrado el hecho y antes de su enjuiciamiento
- 4. Que la vigencia gradual del denominado Código Procesal Penal en el territorio de la República, establecida en su propio artículo 484, armonizado con la norma dispuesta en el artículo 4º transitorio de la Ley N°19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público, y ambas amparadas en la octava disposición transitoria del Constitución, se refiere ciertamente a normas tanto sustantivas como adjetivas, pero ambas de carác-

ter procesal, no penal-constitucional como las propias del principio de la favorabilidad, invocado en la especie. En consecuencia, no es pertinente el contraste entre sustantividad y adjetividad, sino el de procesal versus penal-constitucional, primando éste último.

- 5. En consecuencia, resultando contrario al inciso séptimo del número 3º del artículo 19 de la Constitución Política de la República, el artículo 484 del Código Procesal Penal debe declararse inaplicable en la gestión pendiente de autos.
- Se previene que los Ministros señores Marcelo Venegas, Juan Colombo y Enrique Navarro concurren al fallo, pero no comparten lo razonado en los dos últimos capítulos del fallo, por estimar que en ellos se contienen razonamientos propios del juez de instancia y que se trata, en consecuencia, de problemas de legalidad y no de constitucionalidad.

Redactó la sentencia el Ministro señor Carlos Carmona Santander, la disidencia, el Ministro Mario Fernández Baeza y la prevención, sus autores.

Notifiquese, registrese y archivese.

Rol N°1.389-09-INA.

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD RECHAZADO. ARTÍCULO 248 del código procesal penal. Facultad del fiscal de no perseverar en la investigación

Tribunal: Tribunal Constitucional

Resumen:

Dirigir la investigación de los hechos de modo exclusivo significa que "ninguna otra persona ni órgano puede asumirla ni interferir en su dirección".

La facultad de no perseverar en el procedimiento es una salida autónoma en el proceso penal, establecida en el artículo 248 letra c) del Código Procesal Penal, distinta del sobreseimiento temporal y del definitivo. Esta forma de cerrar el procedimiento es facultativa, es decir, el fiscal decide si la aplica o no, y es una de las facultades discrecionales que el sistema le entrega al Ministerio Público en el proceso de dirección de la investigación.

El fiscal puede elegir entre las tres alternativas mencionadas en el artículo 248 del Código Procesal Penal, pero siempre sujeto a la condición de haber practicado todas las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores y ateniéndose a los resultados que arrojaren los antecedentes reunidos. La evaluación de estos elementos es una facultad discrecional y dicha facultad, que le permite al fiscal acusar, es la misma que le permite solicitar sobreseimiento y la misma que le permite no perseverar. Las tres facultades son expresiones de la discrecionalidad propia que se le ha concedido como órgano encargado de dirigir la investigación del proceso penal.

La atribución del fiscal en relación con su facultad de no perseverar, es una potestad con elementos reglados y con elementos discrecionales.

La decisión de no perseverar en el procedimiento no está sometida a la aprobación del juez de garantía, y en eso se diferencia del sobreseimiento. Dicha característica tiene relación con la naturaleza investigativa de la facultad de no perseverar y con la lógica de la Reforma de separar funciones administrativas y jurisdiccionales en distintos órganos.

A pesar de que la víctima tiene diversos derechos en el proceso penal, no se puede afirmar que ésta tenga directamente un derecho a que se investigue.

La función de investigar es una potestad del Ministerio Público, el cual tiene discrecionalidad para decidir si investiga o no. Por su parte, dicha discrecionalidad es la expresión de la confianza necesaria que el constituyente y el legislador han depositado en el órgano persecutor para el cumplimiento de su función de dirección de la investigación, según se ha profundizado en otros considerandos de esta sentencia.

La víctima no sustituye al Ministerio Público en su labor de investigar, sin perjuicio de que excepcionalmente ella pueda forzar la acusación y solicitar diligencias de investigación.

Los intereses de la víctima no son vinculantes ni para el fiscal en sus labores investigativas, ni para el juez en sus labores jurisdiccionales, sin perjuicio de que el ordenamiento jurídico le reconozca una serie de derechos.

Si el Ministerio Público evita llevar adelante la investigación por razones que resultan arbitrarias, se producirá una infracción normativa, pero no la violación de un supuesto derecho subjetivo a la investigación y a la condena del supuesto culpable del delito.

El hecho de que la persecución penal provenga de los órganos del Estado, explica que la víctima no pueda ocupar el mismo lugar ni el mismo rol que ocupa el Ministerio Público en el sistema. A pesar de ello, el Código Procesal Penal diseña una especie de equivalencia entre el Ministerio Público y la víctima. En ese sentido, podemos apreciar que mientras el Ministerio puede archivar provisionalmente, no iniciar investigación, cerrar la investigación o formalizar, la víctima puede querellarse en cualquier momento, desistirse y abandonar la querella. De este modo, a pesar de que no son equivalentes con las facultades del Ministerio Público, se establecen facultades equiparables para que la víctima pueda hacer valer sus intereses en el proceso. Pero unas son potestades públicas, es decir, poderes jurídicos para imponer conductas, y los otros, derechos¹-².

Texto Completo:

Santiago, quince de abril de dos mil diez.

VISTOS:

Con fecha cinco de marzo de dos mil nueve, el abogado Rolando Franco Ledesma, en representación de Raúl González Guzmán, ha formulado una acción de inaplicabilidad respecto del artículo 248 del Código Procesal Penal en la causa seguida ante el Tribunal de Garantía de Pucón, RUC 0810018505-K, RIT 982-2008, sobre delito de estafa en contra de quienes resulten responsables, respecto de la cual actualmente

se encuentra pendiente un recurso de apelación ante la Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N°192-2009.

Señala el requirente que con fecha 3 de septiembre de 2008, interpuso ante el Juzgado de Garantía de Pucón una querella por los delitos de estafa y apropiación indebida en contra de J.A.A.F. y las demás personas que resultaren responsables.

Indica el actor que el señor A.F. se habría aprovechado del vínculo de cercanía que se habría formado entre ambos a raíz de la necesidad jurídica del requirente de encontrar una vía legal para asegurar la situación de sus familiares en relación a ciertos bienes inmuebles de su propiedad.

¹ Hay voto de minoría de los Ministros señores Raúl Bertelsen R. y Mario Fernández B., quienes estuvieron por rechazar el requerimiento. Por su parte, los Ministros Marcelo Venegas P., Marisol Peña T. y Enrique Navarro B., no compartieron la totalidad de los motivos y fundamentos del fallo de mayoría.

² En el mismo sentido, ver fallo del Tribunal Constitucional dictado en causa rol N°1.404-09-INA, el día 18 de mayo de 2010.

Prosigue señalando que el requerido, abusando de su avanzada edad, de su precaria situación tanto económica como de salud, además de su desconocimiento del derecho chileno y su soledad dentro de Chile –ya que está radicado desde hace muchos años en Canadá–, lo convenció para que realizara una serie de actos jurídicos y suscribiera una gran cantidad de documentos que finalmente le permitieron apropiarse de dichos bienes, no existiendo por parte del actor ninguna intención de transferirle el dominio de los mismos.

Expresa que después de presentada la querella como víctima de estafa y apropiación indebida, el fiscal a cargo de la causa, con fecha 19 de noviembre de 2008, solicitó al tribunal de garantía la declaración de sobreseimiento definitivo por no configurarse, a su entender, un engaño suficientemente constitutivo del delito de estafa.

Dicha solicitud, sin embargo, fue rechazada por el tribunal de garantía con fecha 13 de enero de 2009, considerando que "... a pesar de que la instancia por la cual se generó el negocio fue a instancia de la misma víctima y la relación de confianza, estima este Juez que la forma en que fue realizado el hecho constituye un engaño, constituye un fraude que debe ser visto por la vía penal, por cuanto en definitiva a través del mismo, el imputado obtuvo un bien que voluntariamente no le habría querido entregar la víctima si hubiese entendido las consecuencias finales del mismo, tomando en consideración en especial la edad y el país donde vive la víctima, que es Canadá..." (fs. 209)

Agrega el actor que, no obstante lo resuelto por el tribunal de garantía, con fecha 20 de enero de 2009 el Ministerio Público procedió a cerrar la investigación y a solicitar audiencia para comunicar su decisión de no perseverar en la misma, señalando que "...no se han reunido antecedentes suficientes para fundar una acusación" y "que la víctima del delito investigado, ha sido oída en relación a lo que más adelante se decide, sin que haya aportado antecedentes que, a juicio de esta fiscalía, contribuyan a fundar una acusación" (fs. 213).

Precisa que la audiencia para informar de la decisión de no perseverar en la investigación tuvo lugar el 24 de febrero de 2009. En aquella oportunidad, afirma, se opuso a la decisión del fiscal, pero el tribunal de garantía rechazó la oposición señalando que "...del análisis de la carpeta del Ministerio Público este Juez a podido observar, también habiendo sido este Juez, quien presidió la audiencia de sobreseimiento definitivo, la cual requería un cierre de investigación anterior, ha quedado establecido que la verdadera fecha de cierre fue efectivamente la que señaló el Ministerio Público, por cuanto consta con fecha 19 de noviembre de 2008, allí se ejercieron los derechos y también compareció la parte querellante..." Por lo tanto, "...siendo establecido la fecha real del cierre, como lo ha señalado el órgano persecutor es del mes de Noviembre de 2008, la oposición al cierre de la investigación es extemporánea de acuerdo lo establece el artículo 257 del Código Procesal Penal por lo cual no se accede a la solicitud de la parte querellante".

En consecuencia, en dicha oportunidad, el tribunal de garantía resolvió: "téngase presente lo comunicado por el Ministerio Público en cuanto a No Perseverar en el Procedimiento por no haber reunido antecedentes suficientes para fundar una acusación" (fojas 216).

Frente a esta resolución, con fecha 2 de marzo de 2009, el requirente presentó un recurso de apelación que actualmente está pendiente ante la Corte de Apelaciones de Temuco, y posteriormente interpuso un requerimiento de inaplicabilidad ante esta Magistratura, la que resolvió suspender el procedimiento ante el tribunal de fondo.

En su escrito de inaplicabilidad, el requirente se refiere al sentido de la facultad del Ministerio Público para no perseverar en la investigación. Señala que sólo se puede ejercer dicha atribución cuando efectivamente se hayan efectuado diligencias de investigación útiles -es decir que realmente conduzcan al esclarecimiento de los hechos- pero que éstas no tengan éxito. Agrega que en la gestión pendiente dicha facultad se aplicó de manera incorrecta pues el fiscal se habría limitado a contar solamente con las declaraciones de la víctima y del querellado.

Aduce el actor que la forma en que el Ministerio Público ha dado aplicación al artículo 248 del Código Procesal Penal, con respaldo del tribunal de garantía, ha sido decisiva en la causa, al impedirle en la práctica proseguir con la persecución penal.

En ese sentido, considera que se ha vulnerado el artículo 83 inciso pri-

mero de la Constitución Política, que establece el deber del Ministerio Público de dirigir la investigación, ya que en este caso –afirma– el órgano persecutor ha decidido no perseverar frente a hechos que son constitutivos de delito y que no han sido investigados.

Agrega que, por otra parte, también se habría violado el artículo 83 inciso segundo de la Carta Política que dispone la facultad del ofendido por el delito de ejercer la acción penal. En la gestión pendiente, argumenta, la decisión del Ministerio Público le impide continuar por su propia cuenta con la acción penal, ya que para ello la formalización es un requisito previo y en la gestión pendiente la causa no se encontraba formalizada.

Por estas razones, además, se habría infringido su derecho a la defensa y su derecho a un procedimiento y una investigación racional y justa, contemplados en el artículo 19 N°3 de la Carta Fundamental. En efecto, enfatiza, la conducta del Ministerio Público lo ha dejado en la más completa indefensión, afectando la esencia de tales derechos, con lo cual también se habría vulnerado el artículo 19 N°26 de la constitución que reconoce el principio de la esencialidad de los derechos.

Por resolución de 10 de marzo de 2009 la Segunda Sala de esta Magistratura suspendió el procedimiento de la gestión pendiente, y con fecha 18 de marzo de 2009 declaró admisible el requerimiento.

El 6 de abril de 2009 el Ministerio Público hace observaciones al requerimiento, solicitando que éste sea rechazado en todas sus partes.

En primer término señala que a través de la referida acción de inaplicabilidad se está reclamando de un supuesto uso incorrecto de la facultad de no perseverar por parte del Ministerio Público. Sin embargo, afirma, el examen de inaplicabilidad consiste no en revisar la conducta del requerido, sino en examinar si la aplicación de una norma determinada en una gestión pendiente produce un efecto contrario a la Constitución. En ese sentido, señala, la causa de la inconstitucionalidad debe encontrarse en la misma disposición objetada y no en otros elementos, como ocurriría en la presente impugnación.

Por otra parte, señala, la actividad investigativa del Ministerio Público está sujeta a una serie de controles tanto jerárquicos como jurisdiccionales de los que el requirente no ha hecho ejercicio en la gestión pendiente.

Tampoco ha ejercido, señala, los derechos de solicitar la reapertura de la investigación y el forzamiento de la acusación contemplados en los artículos 257 y 258 del Código Procesal Penal respectivamente, normas que articulan las opciones legales del querellante en miras al cierre de la investigación. En efecto, precisa, respecto del forzamiento de la acusación el querellante ejerció dicho mecanismo para luego desistirse explícitamente y en audiencia de dicho propósito.

En ese sentido, expresa, la supuesta situación de indefensión en que se encontraría el requirente ha sido una situación en la que él voluntariamente se ha colocado por no ejercer sus derechos ni hacer uso de los controles que permitían fiscalizar el actuar del Ministerio Público.

En todo caso, enfatiza, no es efectivo que el fiscal no hubiere desarrollado actividad de investigación.

Por todas estas razones, agrega, la norma objetada no resultaría contraria a la Carta Fundamental.

Luego agrega que, de todos modos, es preciso tener presente que se ha impugnado todo el artículo 248 del Código Procesal Penal y no sólo su letra c); respecto de las letras a) y b), afirma, la impugnación no estaría fundada razonablemente ya que en realidad no existe en el requerimiento ningún fundamento para sostener a su respecto una objeción constitucional.

Por último, en cuanto al hecho de que la facultad de no perseverar corresponda al Ministerio Público sin intervención del juez de garantía, señala que ello se justifica en el sistema instaurado por el Código Procesal Penal, en el que la investigación no forma parte de las atribuciones y competencias del órgano jurisdiccional.

Con fecha 4 de mayo de 2009 se ordenó traer los autos en relación y con fecha 27 de agosto del mismo año se procedió a la vista de la causa, a la cual concurrieron, conforme al certificado que rola a fojas 65, los Ministros señores Juan Colombo Campbell (Presidente), José Luis Cea Egaña, Raúl Bertelsen Repetto,

Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, Marcelo Venegas Palacios, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes y Carlos Carmona Santander. Culminada la vista, y con la misma fecha, se decretó una medida para mejor resolver, que se cumplió conforme consta en autos.

El señor Juan Colombo Campbell, quien estuvo presente en la vista de la causa según se indicó, cesó en su cargo de Ministro del Tribunal Constitucional antes de que se diera cuenta de la aludida medida para mejor resolver, la que tuvo lugar el día 8 de abril de 2010. De este modo, tampoco concurrió a la adopción del respectivo acuerdo, que aconteció el mismo día, conforme al certificado que rola a fojas 235. No obstante la cesación en el cargo del Ministro señor Colombo, existió quórum para adoptar el acuerdo, dándose así cumplimiento a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 14 de la Ley N°17.997, orgánica constitucional del Tribunal Constitucional.

CONSIDERANDO:

I. LA IMPUGNACIÓN.

PRIMERO. Que en el presente requerimiento se impugna la disposición contenida en el artículo 248 del Código Procesal Penal, que dispone:

"Artículo 248- Cierre de la investigación. Practicadas las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores, el fiscal declarará cerrada la investigación y podrá, dentro de los diez días siguientes:

- a) Solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal de la causa;
- b) Formular acusación, cuando estimare que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado contra quien se hubiere formalizado la misma, o
- c) Comunicar la decisión del ministerio público de no perseverar en el procedimiento, por no haberse reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar una acusación.

La comunicación de la decisión contemplada en la letra c) precedente dejará sin efecto la formalización de la investigación, dará lugar a que el juez revoque las medidas cautelares que se hubieren decretado, y la prescripción de la acción penal continuará corriendo como si nunca se hubiere interrumpido."

SEGUNDO. Que la gestión pendiente sobre la cual se formula el presente requerimiento de inaplicabilidad consiste en una causa por estafa y apropiación indebida, RUC 0810018505-K, RIT 982-2008, seguida ante el Tribunal de Garantía de Pucón, que actualmente se encuentra en conocimiento de la Corte de Apelaciones de Temuco, para la resolución de un recurso de apelación.

En dicha causa, el requirente presentó, con fecha 3 de septiembre de 2008, una querella como víctima de una supuesta estafa y apropiación indebida.

Frente a dicha querella, con fecha 19 de noviembre de 2008, el fiscal a cargo de la causa solicitó al tribunal de garantía la declaración de sobreseimiento definitivo de la misma por no configurarse, a su entender, un engaño suficientemente constitutivo del delito de estafa. El tribunal de garantía, sin embargo, rechazó dicha solicitud con fecha 13 de enero de 2009, por estimar que los hechos de la causa efectivamente constituían un engaño que debía ser conocido por la vía penal.

Una semana después, no obstante, con fecha 20 de enero de 2009, el Ministerio Público procedió a cerrar la investigación y a solicitar audiencia para comunicar su decisión de no perseverar en la misma.

Con fecha 24 de febrero de 2009 se llevó a cabo la audiencia para informar de la decisión de no perseverar en la investigación. En aquella oportunidad, el querellante de autos se opuso a dicha decisión, pero el tribunal de garantía interpretó que la investigación estaba cerrada al momento de solicitarse el sobreseimiento definitivo, es decir, en noviembre de 2008. De este modo, señaló que existía una razón formal para no considerar la oposición al cierre, ya que la investigación se habría cerrado desde hacía bastante tiempo y la oposición sería extemporánea.

En consecuencia, el tribunal de garantía tuvo presente la decisión del Ministerio Público de no perseverar en la investigación.

TERCERO. Que el requirente afirma que en la gestión pendiente se

aplicó de manera incorrecta la facultad de no perseverar, contenida en el artículo 248, letra c), del Código Procesal Penal. Señala que esta facultad sólo debe aplicarse cuando falten los antecedentes suficientes para fundar una acusación; sin embargo, afirma, en la gestión pendiente la decisión de no perseverar es más bien el resultado de la velada intención de no investigar, que de una falta de antecedentes. En efecto, señala, en la investigación el fiscal se limitó a contar solamente con las declaraciones de la víctima y del querellado.

Agrega que todo ello se agrava por el hecho de que, en la gestión pendiente, la investigación aún no estaba formalizada. Al respecto sostiene que dado que la formalización depende de la discrecionalidad del Ministerio Público, los derechos de las víctimas también dependen de dicha discrecionalidad, puesto que "el querellante no se encuentra en condiciones de continuar por sí mismo con la acción penal toda vez que para ejercer ésta, la formalización es requisito necesario" (fs. 6).

En consecuencia, prosigue, la aplicación incorrecta de la facultad de no perseverar lo ha dejado en la más completa indefensión y le ha impedido ejercer los derechos que la Constitución le reconoce. Específicamente, se habría transgredido su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 19 N°3 CPE), su derecho a la acción penal (art. 83, inc. Inciso, CPE), el principio de la esencialidad de los derechos (art. 19 N°26 CPE) y la obligación básica de investigación

por parte del Ministerio Público (art. 83 CPE).

II. CUESTIONES PREVIAS.

CUARTO. Que antes de hacernos cargo de dichas objeciones, se debe dejar constancia de que en el presente requerimiento de inaplicabilidad se ha impugnado la totalidad del artículo 248 del Código Procesal Penal, en circunstancias que la objeción constitucional sólo se dirige en contra de la facultad de no perseverar, contemplada en la letra c) de dicho artículo.

QUINTO. Que, por otra parte, no corresponde a esta Magistratura analizar la razón por la cual el juzgado de garantía rechazó la oposición del querellante respecto de la decisión de no perseverar. Esta razón, que según ya referimos tenía relación con una cuestión formal respecto de la fecha de cierre de la investigación, no es una cuestión que corresponda dilucidar a esta Magistratura constitucional.

SEXTO. Que, en el mismo sentido, tampoco corresponde a este Tribunal hacerse cargo del hecho de que en la gestión pendiente el fiscal de la causa no haya formalizado. En efecto, en el presente requerimiento ni siquiera se ha impugnado el artículo 230 del Código Procesal Penal, que se refiere a la formalización.

SÉPTIMO. Que, por último, no le corresponde a este Tribunal enjuiciar la conducta del Ministerio Público. La eventual arbitrariedad con la que habría actuado el fiscal al aplicar la facultad de no perseverar en la investigación, es una cuestión que debe ser

dilucidada en las instancias correspondientes que establece la ley, a través de los controles administrativos y jurisdiccionales a los que esta sentencia también hace referencia.

III. JURISPRUDENCIA DE ESTE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

OCTAVO. Que, entrando derechamente al análisis de las objeciones formuladas, cabe señalar, en primer lugar, que a través de diversos requerimientos de inaplicabilidad presentados ante esta Magistratura, se ha planteado que la discrecionalidad con la que puede actuar el Ministerio Público en relación a ciertas instituciones de la investigación procesal penal, atentaría en contra de los derechos de la víctima en el proceso penal.

Específicamente, mediante dichos recursos se ha cuestionado la constitucionalidad de la interpretación de acuerdo a la cual el control jurisdiccional anterior a la formalización de la investigación, establecido en el artículo 186 del Código Procesal Penal, sólo está establecido en favor del imputado y no de la víctima; también se ha objetado la discrecionalidad con que cuenta el fiscal para determinar si formaliza o no la investigación, y la oportunidad de la misma (arts. 229 y 230 CPP); además, se ha impugnado la facultad del fiscal para solicitar ante el juez de garantía, y con acuerdo del imputado, la suspensión condicional del procedimiento (art. 237 CPP); asimismo, se ha puesto en tela de juicio la facultad del fiscal para declarar cerrada la investigación (art. 248 CPP); y, finalmente, se ha

cuestionado la facultad del fiscal para solicitar al juez de garantía la aplicación del procedimiento simplificado (art. 390 CPP).

NOVENO. Que, como se aprecia, todas las materias referidas en el considerando anterior tienen la raíz común de contener una eventual tensión entre las facultades del Ministerio Público y los derechos de la víctima en el proceso penal.

DÉCIMO. Que, en la resolución de esa tensión, la jurisprudencia de esta Magistratura ha ido evolucionando desde una posición original que consideraba que los derechos de la víctima estaban por sobre las facultades del fiscal, hasta una postura más atenuada, que establece ciertos criterios a través de los cuales se logra un equilibrio entre los derechos de ésta y las facultades de aquél.

Dicha evolución puede apreciarse en la dictación, en orden cronológico, de las siguientes sentencias: STC rol N°815 de 19-08-2008, que se pronuncia sobre la supuesta inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 230 CPP; STC rol N°1244 de 02-06-2009, cuyo requerimiento impugnaba los artículos 229, 230 y 237 CPP; STC rol N°1337, de 20-08-2009, donde se cuestiona la supuesta inconstitucionalidad de los artículos 230 y 186 CPP; STC rol N°1380 de 3-11-2009, que se pronuncia sobre los mismos artículos del fallo anterior; STC rol N°1467 de 29-12-2009, en que se cuestionaba el artículo 230 del CPP; STC rol N°1535 de 28-01-2010, donde se cuestionaba la imposibilidad del querellante de apelar frente a la exclusión de ciertas pruebas que establece el artículo 277 del CPP; y la STC rol N°1445, de 29-01-2010, donde se impugnaba, entre otros aspectos, la suspensión condicional del procedimiento simplificado en el CPP.

UNDÉCIMO. Que, en el primer fallo sobre esta materia (STC rol N°815), este Tribunal sostuvo que el derecho a la acción penal se encontraba consagrado expresa y categóricamente en la Constitución, y que cualquier razonamiento que condujera a privar a la víctima de dicho derecho debía ser descartado, pues de ese modo se subordinaba el derecho de acceder a los tribunales a las decisiones del persecutor penal. En virtud de esos primeros razonamientos, entonces, se concluía que la facultad de formalizar no podía entenderse como una facultad discrecional del fiscal, va que dicha interpretación atentaba en contra del derecho a la tutela judicial efectiva.

La referida sentencia dispuso, en ese sentido, lo siguiente:

"CUARTO.- Que, para una acertada inteligencia de la cuestión sometida al conocimiento y resolución de este Tribunal, cabe recordar que la investigación no formalizada comienza a partir de un hecho que el propio Ministerio Público ha calificado como delito. Si lo formaliza, nace el proceso penal; si no lo hace, nunca llegará a la potestad del órgano jurisdiccional, lo que significa, por una parte, subordinar a una decisión del persecutor estatal el ejercicio de la jurisdicción y, por la otra, como consecuencia obvia y necesaria, privar a la víctima del derecho que le otorga expresamente la Carta Fundamental a tener un proceso racional y justo en el cual pueda hacer valer sus derechos y lograr su tutela efectiva por medio de una sentencia. En consecuencia, interpretada armónicamente la Constitución después de la modificación del artículo 19 número 3º por la Ley N°19.519, debe necesariamente concluirse que la investigación está concebida como una vía para llegar a un proceso jurisdiccional, forma prevista por el Constituyente para la solución de los conflictos penales una vez que exista convicción en torno a la existencia del hecho punible, sin perjuicio de que éstos puedan ser objeto de una acusación o terminar por los otros mecanismos establecidos por la ley.

Como corolario de lo anterior, cabe concluir que cualquier razonamiento que conduzca a privar a la víctima de su derecho a ejercer la acción penal, dando así eficacia a su decisión de contar con un proceso jurisdiccional donde se le haga justicia, por causa de decisiones del Ministerio Público, ha de ser descartada, pues subordina el derecho de acceder a los tribunales a las decisiones del persecutor estatal, con lo cual se la priva, de esa forma, del derecho a la acción que le confiere el numeral 3º del artículo 19 de la Carta Fundamental, en concordancia con el artículo 83 de la misma."

"DECIMOSEGUNDO.- Que en el sentido antes expuesto, entender la facultad del Ministerio Público de formalizar la investigación como una alternativa discrecional, en la cual no se puede interferir y de la que pueda derivar la decisión de no investigar y eventualmente archivar, aun cuando

el afectado por el delito ha manifestado su voluntad de proseguir la persecución penal mediante la interposición de una querella, como ocurre en el caso sub lite, implica un acto de un órgano del Estado que produce como resultado evidente la negación de la tutela de los intereses penales de la víctima, la privación del derecho a la investigación del hecho delictivo y la imposibilidad de acceder a la jurisdicción, para que ésta resuelva el conflicto penal que la afecta, como lo ordena el artículo 7º de la Constitución.

De lo anterior se desprende que al ser la tutela judicial efectiva un derecho fundamental, es la persona titular de dicho derecho violentado, la que debe disponer del mismo a la hora de resolver si acude o no a la justicia, teniendo presente que el ejercicio y la titularidad de sus derechos se encuentran dentro de la órbita de decisión del ser humano, coto vedado al poder público al estar dentro del marco de lo íntimo e individual, sin que el Estado pueda realizar injerencias dentro de dichos ámbitos. Es por ello que cualquier concepción que prescinda del interés de la víctima, como parte primordial del proceso penal, debe considerarse incompatible con la Constitución, principio que surge nítidamente a la luz de la historia fidedigna de la Ley N°19.519 de 1997, que sin lugar a dudas de ninguna especie buscó dejar a salvo el rol y los derechos del ofendido, fortaleciendo justamente las garantías resultantes de la tutela judicial efectiva por la vía de salvar expresamente el derecho a la querella y a la investigación racional y justa (...)."

"VIGESIMOCUARTO.- Que de las consideraciones expuestas y de la historia de la norma cabe entonces concluir que el derecho al ejercicio de la acción penal se encuentra consagrado de forma expresa y categórica por la Constitución (...)."

"CUADRAGESIMOPRIMERO.-

Que la obligación de investigar, entendida como carente de la obligación de formalizar cuando la víctima desea proseguir con el proceso penal, no es conciliable con el derecho a la tutela judicial efectiva, pues significa la denegación de la misma al impedir el acceso al proceso, lo que es particularmente grave cuando la propia resolución judicial que no le da lugar al forzamiento de la formalización reconoce este razonamiento (considerando 11 de la resolución de fecha 4 de enero de 2007, de la Corte de Apelaciones de Rancagua)." (Las negritas son nuestras).

DUODÉCIMO. Que, como ya se señaló, los razonamientos antes referidos han sido atenuados por la jurisprudencia posterior mediante la incorporación de elementos que han permitido ir construyendo un equilibrio entre los derechos de la víctima y las facultades del fiscal.

Así, en primer lugar, se reconoce, tanto al querellante como a la víctima, el derecho a plantear sus pretensiones tanto durante la fase de investigación que realiza el fiscal, como durante la formalización y también en el caso en que el fiscal decida no formalizar (considerando 15° STC rol N°1244). En segundo lugar, se le proscribe al fiscal el uso de una discrecionalidad que pueda afectar los derechos del

imputado, querellante o víctima (cons. 17°, STC rol N°1244). Se razona que si bien la pesquisa que realiza el Ministerio Público no tiene carácter jurisdiccional, resulta imperativo que sujete la investigación a parámetros de racionalidad y justicia (considerando 22°, STC rol N°1535). Por eso, se reformó la Constitución, en el artículo 19 N°3, para incorporar tales exigencias (considerando 13º, STC rol N°1445). La exclusividad de la investigación no impide sino que, por el contrario, requiere de mecanismos legales de control de que la actividad persecutoria se someta a aquellas exigencias (considerando 14º, STC rol N°1445). Dicho control se traduce, entre otras cosas, en una serie de derechos que tienen los intervinientes en el proceso penal (considerando 20°, STC rol N°1445).

En tercer término, se plantea que la formalización es un paso de la investigación de carácter garantista, que busca que el imputado sepa de la imputación que se dirige en su contra y pueda ejercer sus medios de defensa (considerando 17º, STC rol 1445). Siendo una actividad propia y exclusiva del Ministerio Público, la forma y la oportunidad para llevar a cabo la formalización es un corolario del mismo concepto de formalización: la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que se desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos (cons. 5°, STC rol N°1337; cons. 7°, STC rol N°1467).

En cuarto lugar, se indica que la dirección exclusiva de la investigación

penal a cargo del Ministerio Público es una atribución que no supone el ejercicio de funciones jurisdiccionales. La reforma procesal penal separó la labor de investigación de la función de juzgamiento, que en el antiguo procedimiento estaban unidas. Por eso, el Ministerio Público es un órgano administrativo, no jurisdiccional (considerandos 9º, 10º y 11º, STC rol N°1145). No obstante, la exclusividad que corresponde al fiscal en relación con la formalización no significa que éste no deba justificar debidamente su proceder cuando no ha formalizado, todo ello en conformidad con lo dispuesto en el artículo 186 del Código Procesal Penal (en ese sentido, cons. 6°, STC rol N°1337; cons. 10° y sgtes., STC rol N°1380). Se expresa que el control que ejerce el juez de garantía en virtud del artículo 186 CPP es el que ayuda a evitar que la discrecionalidad de la formalización se convierta en un monopolio arbitrario por parte del fiscal (STC rol N°1380, cons. 18°)

Como quinto elemento, se señala que la formalización es un instituto cuyos alcances se originan y justifican a partir de lo dispuesto en el artículo 83, inciso primero, de la CPE, ya que en su virtud corresponde al Ministerio Público dirigir "en forma exclusiva" la investigación de los hechos constitutivos del delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado (cons. 6°, STC rol N°1380). La labor de comunicar y de determinar la oportunidad de la formalización sería una consecuencia de lo anterior (cons. 7°, STC rol N°1380; cons. 8°, STC rol N°1467).

En sexto lugar, se indica que el inciso segundo del artículo 83 CPE, al señalar que el ofendido por el delito podrá ejercer igualmente la acción penal, sitúa a este sujeto en un plano de igualdad con el ministerio público y además consagra el derecho a la acción penal como un verdadero derecho (cons. 14°, STC rol N°1380). El derecho a la tutela judicial efectiva, que incluye tanto el derecho a la acción como el derecho a la apertura y posterior sustanciación del proceso, se extiende a los actos preparatorios al acceso al tribunal oral en lo penal (considerando 20°, STC rol N°1535). El que la Constitución haya otorgado a la víctima la posibilidad de actuar en el proceso penal, implica que la ley está impedida de discriminar sus derechos esenciales (considerandos 26° y 38°, STC rol N°1535).

DECIMOTERCERO. Que, como puede apreciarse, esta jurisprudencia ha avanzado en reconocer y desarrollar un concepto de "discrecionalidad no arbitraria", aplicable al Ministerio Público dentro de la investigación penal.

El fiscal, al tener la dirección exclusiva de la investigación, puede ejercer ciertas facultades de manera discrecional. Sin embargo, esa discrecionalidad debe estar sujeta a un control que verifique que ésta no se esté ejerciendo de modo arbitrario.

DECIMOCUARTO. Que, por otra parte, es necesario señalar que la discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad. Como señala una doctrina clásica en la materia (García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás-Ramón; Curso de Derecho

Administrativo; T. I; Edit. Civitas; Madrid, 2002; págs. 454 y sgtes.), la discrecionalidad, en primer lugar, se ubica en el terreno de la configuración de las potestades públicas. La potestad es un poder de actuación que da una norma jurídica a un órgano del Estado con una finalidad determinada. Las potestades son atribuciones configuradas por la norma, que a su vez son entregadas a un órgano definido del Estado. No se trata, por tanto, de una atribución que espontánea o libremente cree o se autoatribuya el órgano respectivo. La potestad la otorga el ordenamiento jurídico. Es, por eso, un caso de remisión legal. En segundo lugar, no hay potestades discrecionales absolutas; lo que existe son elementos de dicha atribución que pueden tener rasgos de ese carácter. Por eso, se afirma que en la potestades integramente regladas, los elementos que las configuran (su titular, la forma en que se ejercen, su finalidad, la forma que adoptan los actos que se dictan en su ejercicio, la oportunidad de su ejercicio, los hechos y fundamentos en que se fundan, etc.) están detalladamente definidos por la norma que las confiere. En la potestad discrecional, en cambio, hay uno o más de dichos elementos abiertos, entregados al órgano respectivo para ser completados por su apreciación subjetiva. Ello implica que el órgano debe optar entre elementos igualmente justos o equivalentes. Mientras que los conceptos jurídicos indeterminados no admiten un enunciado preciso y el órgano que los interpreta tiene una sola opción válida, en la discrecionalidad, en cambio, el órgano puede optar entre alternativas igualmente legítimas;

hay, en este sentido, una suerte de libertad de opción entre alternativas intercambiables o equivalentes.

Como señalan los autores recientemente citados (ob. cit., pág. 457), la razón de la existencia de potestades con elementos discrecionales radica, por una parte, en que en la potestad íntegramente reglada no hay espacio para ningún juicio subjetivo, salvo el de constatación o verificación del supuesto para su ejercicio. Ese diseño puede hacer extremadamente difícil su aplicación. Por la otra, hay un criterio de eficacia. Para lograr ciertos propósitos de modo idóneo, el legislador convoca a la apreciación singular de un órgano determinado.

Indudablemente, en la discrecionalidad puede existir un margen mayor para la arbitrariedad por esa posibilidad de opción. Pero arbitrariedad y discrecionalidad son conceptos antagónicos. En la arbitrariedad hay una ausencia de razones en un accionar determinado; es un simple "porque sí"; por eso la tendencia a hacerla sinónimo de falta de fundamento, de mero capricho o voluntad. En el actuar no arbitrario, en cambio, hay motivo, es decir, un antecedente de hecho y de derecho en que se funda; y hay una justificación, es decir, un proceso racional de una decisión que la explica en fundamentos objetivos (ob. cit., págs. 480 y 481). La posibilidad de optar no libera al órgano respectivo de las razones justificativas de su decisión. La determinación de esa suficiencia, consistencia y coherencia, es un tema del control de la discrecionalidad.

DECIMOQUINTO. Que, ahora bien, a pesar de que todos los fallos que se han pronunciado sobre la discrecionalidad del fiscal lo han hecho sobre la facultad y oportunidad para formalizar, dicha jurisprudencia se puede extrapolar a otras instituciones en las que el fiscal tiene discrecionalidad, como es la facultad para no perseverar en la investigación.

IV. CUESTIONES A RESOLVER EN LA PRESENTE SENTENCIA.

DECIMOSEXTO. Que la existencia de la facultad de no perseverar en el procedimiento, cuestionada en este requerimiento de inaplicabilidad, nos conduce a dos problemas fundamentales del antiguo sistema de proceso penal, que la Reforma Procesal Penal pretendió subsanar.

Tales problemas son, por una parte, el principio de legalidad procesal, que regulaba y regía en el antiguo sistema procesal penal, y, por otra, la concentración, en la persona del juez, de las funciones de acusar y juzgar.

Las razones por las cuales la Reforma Procesal Penal consideró que tales cuestiones eran problemáticas, obedecen a una nueva forma de asumir y entender el proceso penal y la persecución penal.

Por ello, en este fallo analizaremos cuál es el objetivo del sistema de persecución penal y cómo éste ha ido cambiando (V); luego revisaremos cómo la Reforma Procesal Penal intenta resolver la concentración de las funciones de acusar y juzgar en manos del juez (VI) y posteriormente revisaremos de qué modo la Reforma

atenúa el principio de legalidad procesal que regía en el antiguo sistema (VII).

Luego de analizar los temas ya enunciados, precisaremos qué significa que el Ministerio Público tenga el monopolio y exclusividad sobre la dirección de la investigación (VIII), qué significa y en qué consiste la dirección de la investigación (IX) y la facultad de no perseverar (X). Finalmente, analizaremos cuáles son los derechos de la víctima en el nuevo proceso penal (XI).

V. EL OBJETIVO DEL SISTEMA DE PERSECUCIÓN PENAL Y SUS TRANSFORMACIONES

DECIMOSÉPTIMO. Que corresponde hacer un breve recuento sobre las formas en que los sistemas de persecución penal han ido cambiando a través de la historia.

En un primer momento se aplicó el sistema de venganza o justicia privada. En esa época, el derecho penal no era sino un asunto privado de reacción del ofendido o de su clan en contra del ofensor. Los límites de la venganza no estaban bien regulados, dependían del "grado de excitación de los afectados y conducía a luchas interminables" (Politoff, Matus, Jean Pierre, Ramírez, María Cecilia; Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General; Segunda Edición; Editorial Jurídica; Santiago, 2003; pág. 20) De este modo, el proceso penal nació como una competencia entre dos adversarios, como una rivalidad que debía ser resuelta.

Posteriormente, el sistema de venganza privada fue sustituido por un sistema de venganza o justicia pública en que se castiga al culpable con un mal similar al que él ha causado. Este es un progreso en relación al sistema anterior, puesto que la pena que se impone al culpable encuentra limitación en la equivalencia del mal causado. Además, la organización de la represión del delito es asumida por las autoridades, las que además establecen tribunales para que conozcan de los respectivos procesos.

De todos modos, la persecución penal mantiene su carácter adversarial hasta entrada la Edad Media, de modo que cuando el aparato de justicia comienza a desarrollarse, la imagen del proceso penal como la de dos adversarios ante un tribunal parecía algo normal. Valga agregar que esta fórmula fue reforzada por algunos textos de la antigüedad romana y que hacia el siglo XI fue la Iglesia Católica la que comenzó a asumir la jerarquía del nuevo aparato burocrático jerárquico de justicia que había comenzado a desarrollarse.

Es la expansión de la Iglesia el fenómeno que cambiará la forma de concebir el proceso penal. En efecto, la referida expansión logró aumentar el tamaño de la esfera estatal y sustituir el lugar que originalmente ocupaba la víctima en el proceso por la "communitas politica". Es en este contexto, en la Edad Media tardía—especialmente en el período que se ha denominado "Inquisición"—, en que surge este nuevo modelo de proceso penal conocido como "Proceso Inquisitivo". Se trata de un proceso de

investigación controlado e impulsado oficialmente, en donde el proceso penal pierde el carácter adversarial y antagónico entre ofensor y ofendido que tenía en su origen, para pasar a constituirse en una relación "bipolar" entre juez y acusado.

"El nuevo sistema representó un cambio completo respecto a la situación (...) existente con anterioridad. La persecución se organizó sobre la base del trabajo en secreto de oficiales de la Iglesia. Estos oficiales fueron llamados inquisidores y, además, de jugar el rol de perseguidores también actuaron en el rol de jueces. El sistema también introdujo reglas racionales de evidencia (el sistema de prueba legal o tasada) como una reacción en contra de las ordalías. Junto con lo anterior, el procedimiento era altamente verticalizado en cuanto permitía un control jerárquico muy intenso de las decisiones adoptadas en los niveles inferiores por parte de las autoridades superiores de la jerarquía eclesiástica. En cuanto al ámbito de competencia del sistema inquisitivo, al principio se tuvo la pretensión de regular el castigo de conductas que eran consideradas como atentados en contra de doctrinas básicas de la religión católica, tales como la brujería y la herejía pero, en la práctica, también cubrió hechos que hoy en día son considerados como seculares, dándole un verdadero carácter mixto a su competencia." (Duce, Mauricio, y Riego Cristián; Proceso Penal; Editorial Jurídica; Santiago, 2007; pág. 39).

El modelo inquisitivo fue adoptado posteriormente por los gobernantes

continentales seculares. (Damaska, Mirjan R.; Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado; Editorial Jurídica; traducido por Andrea Morales Vidal; Santiago, 2000; págs. 320 y sgtes.) En nuestro país y en toda Hispanoamérica dicho sistema fue impuesto por España a través de su legislación colonial. Este fue el sistema vigente en Chile hasta la entrada en vigor de la Reforma Procesal Penal.

DECIMOCTAVO. Que de esta evolución histórica se puede subrayar que el derecho procesal penal pasó de manos de los particulares a manos del órgano jurisdiccional. Por ello se ha señalado que si bien los órganos jurisdiccionales "no tienen monopolio alguno en la aplicación del derecho privado, sí lo tienen cuando se trata de la actuación del derecho penal, de modo que no existe aplicación de este derecho fuera del proceso". (Montero Aroca, Juan; Gómez, Juan Luis; Montón Redondo, Alberto; Barona, Silvia; Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal: XVII edición: Editorial Tirant Lo Blanch; Valencia, 2009; pág. 11). Este monopolio del derecho penal obedece a su vez a un triple monopolio que se presenta de modo escalonado: un monopolio estatal -que implica la prohibición de la autotutela y la no disposición de la pena por parte de los particulares-, un monopolio judicial -en cuya virtud son sólo los órganos jurisdiccionales quienes pueden aplicar el derecho penal- y un monopolio procesal- de acuerdo al cual la forma de aplicar el derecho penal se realiza exclusivamente a través de un proceso y no de cualquier forma. (Montero Aroca y otros, ob. cit., pág. 11).

DECIMONOVENO. Que el proceso inquisitivo, como se ha señalado, se caracteriza por "investigar todos los delitos con plena intensidad e, idealmente, llegar a la instancia de sancionarlos" (Duce, Mauricio y Riego Cristián; ob. cit.; pág. 179). Esto es lo que se ha dado en llamar principio de legalidad procesal. Por otra parte y por la misma razón enunciada, el proceso inquisitivo se caracteriza por reunir en un solo órgano la función de investigar y de acusar.

VIGÉSIMO. Que el sistema inquisitivo era el que imperaba en nuestro ordenamiento hasta la Reforma Procesal Penal. Esta última modifica, tal como se explicará a continuación, tanto la concentración de funciones como el principio de legalidad procesal.

VI. SEPARACIÓN DE FUNCIONES EN LA REFORMA PROCESAL PENAL.

VIGESIMOPRIMERO. Que uno de los pilares de la Reforma Procesal Penal consistió en separar en órganos distintos las funciones administrativas o investigativas y las jurisdiccionales (Pfeffer Urquiaga, Emilio; Ministerio Público; Editorial Jurídica Conosur; Santiago, 1997).

Esta idea "...tiene sus fuentes inspiradoras en la doctrina y en los sistemas comparados que no aceptan que la investigación y el juzgamiento puedan llevarse a cabo por un mismo órgano público. El sistema chileno de acumulación de funciones de investigación y el juzgamiento, a lo cual se agrega la acumulación de la función de acusar en el proceso penal, no tiene

defensores hoy por hoy de parte de ninguna opinión autorizada". (Piedrabuena Richard, Guillermo; Introducción a la Reforma Procesal Penal; Editorial Fallos del Mes; Santiago, 2000; pág. 13).

el motivo por el cual ya no existen defensores del antiguo sistema penal obedece a la idea de que cuando es una misma persona la que investiga, acusa y sentencia, ésta pierde la imparcialidad y la independencia que debe esperarse de quien ejerce la función jurisdiccional, puesto que esta persona ya ha emitido opinión en el sumario y en la acusación respecto de la culpabilidad o inocencia del imputado.

VIGESIMOTERCERO. Que la Reforma Procesal Penal elaboró y desarrolló las instituciones necesarias para lograr, entre otras cosas, un sistema de juzgamiento en que se garantizara la imparcialidad e independencia del juzgador respecto del imputado.

Para lograr dichos objetivos, la Reforma Procesal Penal separó en distintos órganos la investigación y el juzgamiento, y para evitar cualquier objeción de constitucionalidad en la materia, se llevó a cabo una reforma constitucional que incorporaba y regulaba en la misma Carta Fundamental al nuevo órgano que se encargaría de dirigir la investigación en el proceso penal, que era el nuevo Ministerio Público (Ley de Reforma Constitucional N°19.519).

VIGESIMOCUARTO. Que en dicha Reforma se incorporó a este

nuevo órgano –el Ministerio Público– como el encargado de la investigación procesal penal; pero se tuvo presente que el hecho de separar las facultades investigativas de las jurisdiccionales no significaba que sólo las cuestiones propiamente jurisdiccionales debían respetar los parámetros establecidos por la Constitución, mientras que las cuestiones investigativas quedaban a salvo de toda regulación. Al contrario, el constituyente se preocupó de ampliar la exigencia de un proceso racional y justo, estableciendo tal mandato en el artículo 19 N°3 de la Carta Fundamental, plenamente aplicable a la investigación procesal penal.

Según consta de la historia de dicha ley, la referida reforma fue propuesta a través de la indicación N°1 de los senadores Diez y Piñera; al respecto, el senador Diez señaló que:

"...la indicación apunta a exigir que la investigación que pudiera dar lugar a un proceso se deberá ceñir también a los requisitos de justicia y racionalidad. Si se tiene en cuenta que el proyecto en informe deja claramente sentado que la pesquisa que realice el Ministerio Público no tiene carácter jurisdiccional, resulta imperativo, entonces, sujetarla también, y expresamente, a las exigencias que la Carta Fundamental impone al procedimiento.

De otro punto de vista, la indicación también se justifica, en opinión de su autor, porque, dado que la Constitución no fija más límites o parámetros para lo que debe entenderse por un debido proceso que la justicia y la racionalidad, vale la pena hacer

el mismo encargo al legislador en el caso de la investigación de delitos que dirigirá el Ministerio Público. Tal explicitación es necesaria puesto que esa investigación, como no es jurisdiccional, no estaría constreñida por los principios mencionados."

La referida indicación fue aprobada unánimemente, únicamente con modificaciones de redacción. (Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de fecha 13 de mayo de 1997).

VIGESIMOQUINTO. Que, en conclusión, el Ministerio Público juega un rol protagónico dentro del nuevo proceso penal, al ser el órgano encargado de dirigir la investigación de modo exclusivo y materializar, de este modo, uno de los objetivos de la Reforma Procesal Penal que era separar en distintos órganos las facultades jurisdiccionales y las propiamente administrativas. En consecuencia, se incorpora un cambio estructural y de fundamental importancia en el antiguo sistema procesal inquisitivo para dar lugar al nuevo proceso penal.

VII. REFORMA PROCESAL PENAL Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD PROCESAL.

VIGESIMOSEXTO. Que, como ya se indicó, el proceso penal inquisitivo se estructuraba en base a cierta concepción del principio de legalidad: se debían perseguir y sancionar todas las situaciones delictivas. Dicho principio así entendido, sin embargo, fue atenuado por la Reforma Procesal Penal.

VIGESIMOSÉPTIMO. Que el principio de legalidad "enuncia que el ministerio público está obligado a iniciar y sostener la persecución penal de todo delito que llegue a su conocimiento, sin que pueda suspenderla, interrumpirla, hacerla cesar a su mero arbitrio". (Horvitz Lennon, María Inés, López Masle, Julián; Derecho Procesal Penal Chileno; Tomo I; Editorial Jurídica; Santiago, 2002; pág. 46).

VIGESIMOCTAVO. Que, en ese sentido, se le han otorgado al Ministerio Público amplias facultades para dirigir la investigación y decidir sobre el curso de la misma, facultades en las cuales puede actuar con cierta discrecionalidad.

En los modelos con esta dosis de discrecionalidad, "la facultad de selección de casos aparece como una excepción del principio de legalidad. Es decir, este principio se mantiene como la regla general de funcionamiento del sistema, pero, a la vez, se permite que los agentes u órganos de persecución penal puedan, por excepción, suspender, no continuar o poner término anticipado a la misma". (Duce, Mauricio, y Riego Cristián; Proceso Penal; Editorial Jurídica; Santiago, 2007; pág. 195).

Es lo que consagra, respecto de la investigación, el artículo 166 del CPP. Este dispone, en su inciso segundo, que "cuando el ministerio público tomare conocimiento de la existencia de un hecho que revistiere caracteres de delito, con el auxilio de la policía, promoverá la persecución penal, sin que pueda suspender, inte-

rrumpir o hacer cesar su curso, salvo en los casos previstos en la ley".

La ley, entonces, puede establecer excepciones.

VIGESIMONOVENO. Que dicha discrecionalidad se justifica en el principio de racionalidad del uso de los recursos públicos, en virtud del cual éstos deben ser usados de manera eficiente.

Para maximizar la eficiencia de la utilización de los recursos públicos por parte del Ministerio Público, se han ideado distintas fórmulas. Primero, se establecen herramientas procesales idóneas para ese objetivo. Luego, se aspira a un diseño organizacional adecuado para el logro del mismo. Y, por último, se le permite al Ministerio Público organizar la persecución penal de un modo eficiente, priorizando algunos casos y delitos por sobre otros. (Tavolari Oliveros, Raúl; Instituciones del Nuevo Proceso Penal. Cuestiones y Casos; Editorial Jurídica; Santiago, 2005; pág. 48).

TRIGESIMO. Que este principio configura las facultades del Ministerio Público desde el mismo inicio de la Reforma Procesal Penal. Por ello, en el Mensaje de la ley que establece un nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley N°19.696), se consignó que "este organismo debe, además de cumplir su rol específico como órgano acusador del procedimiento penal, asumir la función de ordenar la utilización de los recursos represivos del sistema conforme a criterios generales, conocidos y legitimados por medio de la discusión pública y frente a órganos representativos de la comunidad".

Dicho principio quedó plasmado, por su parte, en el artículo 6º de la LOCMP que dispone:

"Artículo 6°.- Los fiscales y funcionarios del Ministerio Público deberán velar por la eficiente e idónea administración de los recursos y bienes públicos y por el debido cumplimiento de sus funciones.

Los fiscales deberán cumplir sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de funciones.

Los procedimientos del Ministerio Público deberán ser ágiles y expeditos, sin más formalidades que las que establezcan las leyes y procurarán la simplificación y rapidez de sus actuaciones."

Enseguida, dicho principio está recogido en materia de control jerárquico. Este se extiende tanto a la "eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones" (artículo 7º, LOCMP).

A continuación, dicho principio se recoge en normas relativas al personal que contempla la LOCMP. Así, conforme a su artículo 77, el sistema de remuneraciones del personal del Ministerio Público debe contemplar bonos por desempeño individual basados en los resultados de la evaluación del personal y bonos de gestión institucional por el cumplimiento de las metas que se establezcan. Estas dicen relación "con la oportunidad y eficiencia del desempeño laboral y con la calidad de los servicios prestados". El mismo criterio de eficiencia

se aprecia en la evaluación del personal, que regulan los artículos 78 y siguientes. Esta debe considerar "a lo menos, el cumplimiento de metas establecidas y la calidad del trabajo realizado".

Además, con la misma lógica enfocada hacia la eficiencia y el aprovechamiento de los recursos, puede citarse el art. 277, inciso final, del CPP, que dispone que "si se excluyeren, por resolución firme, pruebas de cargo que el Ministerio Público considere esenciales para sustentar su acusación en el juicio oral respectivo, el fiscal podrá solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa ante el juez competente, el que la decretará en audiencia convocada al efecto.". Con ello se salvaguarda que el Ministerio Público no se embarque en una profundización del proceso cuyos resultados, por falta de pruebas, no serán los proyectados. También pueden convocarse, en esta línea, el archivo provisional (artículo 167) y la facultad para no iniciar investigación (artículo 168).

TRIGESIMOPRIMERO. Que permitirle al Ministerio Público organizar la persecución penal bajo criterios de eficiencia y racionalidad, tiene un sustento lógico. En efecto, se ha señalado que "una de las características centrales de los sistemas de enjuiciamiento criminal, según lo ha descrito la criminología moderna, es, más allá de las normas legales que los regulan, su carácter selectivo. (...) La facultad descrita se explica porque en la práctica todos los sistemas de justicia criminal reciben una altísima cantidad de denuncias de parte del público, de ellas un porcentaje importante está constituido por la relación de hechos respecto de los cuales se aportan muy pocos datos y respecto de los cuales la experiencia muestra que no tiene mucho sentido conducir una investigación porque la policía no cuenta con elementos mínimos que le permitan seguir una pista para la obtención de resultados. Un ejemplo evidente de esta circunstancia está constituido por la multiplicidad de los delitos contra la propiedad que son denunciados en nuestro país, que son cometidos por una persona desconocida de la víctima o respecto de los cuales no hay mayores antecedentes, no hay testigos, no hay detención flagrante ni sospechosos reconocidos, e incluso es posible que la víctima no pueda establecer con precisión el lugar donde ocurrió el hecho u otras circunstancias igualmente determinantes.(...) Se trata entonces de que los fiscales cuenten con la posibilidad de orientar sus propios recursos y los de los órganos que les prestan auxilio, para una investigación eficaz de aquellos casos en que ello resulta posible, introduciéndose así criterios de racionalidad en esta actividad." (Riego, Cristián, y Duce, Mauricio; La etapa de la investigación en el nuevo proceso penal; en Nuevo Proceso Penal; Carocca, Alex, y otros; Santiago, 2000; págs. 113 y 114).

TRIGESIMOSEGUNDO. Que, por otra parte, es fundamental tener presente que la persecución penal que lleva adelante el Ministerio Público se caracteriza por ser una persecución penal pública, en que los órganos encargados de la persecución penal forman parte del aparato estatal. Sólo en una persecución penal de este tipo

tiene sentido hablar de selección de casos y de aplicación del principio de eficiencia en el uso de los recursos. En cambio, en los modelos de persecución penal privada, en que la persecución penal está entregada a los ofendidos por el delito, "las ideas de legalidad, selectividad o discrecionalidad son completamente desconocidas, ya que se trata de modelos que operan sólo en la medida que el afectado quiera accionar de alguna forma en contra del ofensor." (Duce, Mauricio, y Riego, Cristián; Proceso Penal; Editorial Jurídica; Santiago, 2007; pág. 78)

TRIGESIMOTERCERO. Que el hecho de que se trate de una persecución penal pública y no privada tiene una relevancia fundamental al momento de evaluar la legitimidad del rol que se le asigna al ofendido por el delito dentro del respectivo modelo de persecución penal.

En el nuevo modelo diseñado por la Reforma Procesal Penal, se ha justificado abundantemente la necesidad de que el Ministerio Público pueda actuar con discrecionalidad, ya que con ello se beneficia al sistema de manera completa e íntegra. Ello no obsta, como se analizará más adelante, a que también se reconozcan derechos a la víctima dentro del proceso y a que exista control sobre su actuación.

VIII. EXCLUSIVIDAD DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LA DIRECCIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.

TRIGESIMOCUARTO. Que el rol que ocupa el Ministerio Público

en el nuevo proceso penal, rompe con el antiguo sistema inquisitivo no sólo en la manera en que entiende el principio de legalidad procesal tal como imperaba en el antiguo sistema procesal, al introducir elementos de discrecionalidad, sino también en que encarna la intención de la Reforma de separar las funciones investigativas de las jurisdiccionales, asumiendo las primeras de modo exclusivo.

Desde ambos puntos de vista, se puede apreciar que el legislador y el constituyente han depositado en este nuevo actor del sistema la confianza necesaria como para que éste pueda actuar con libertad y eficiencia dentro de las labores que le han sido encomendadas.

TRIGESIMOQUINTO. Que dirigir la investigación de los hechos de modo exclusivo significa que "ninguna otra persona ni órgano puede asumirla ni interferir en su dirección". Además, en relación a ese punto se afirma que "cabalmente el carácter de exclusividad con que se otorga al Ministerio Público la tarea de dirigir la investigación, constituye la alteración más importante que en este punto se introduce en nuestro ordenamiento jurídico, en cuanto se deja fuera de ella en materia penal al Poder Judicial que había tenido a su cargo desarrollarla. Hemos hecho ya presente (...) cómo la actual Constitución, a diferencia de la anterior, que sintetizaba la función del Poder Judicial en la tarea de juzgar, la descompone en tres fases o etapas, como son las de conocer, de resolver y de ejecutar lo juzgado, y cómo, dentro del conocimiento, se comprende todo lo

encaminado a llegar a investigar los hechos sobre los cuales ha de recaer el juzgamiento, el cual, por su parte, ha de ajustarse a las reglas de un justo y racional procedimiento (art. 19, N°3, inciso quinto). Cabalmente, como consecuencia de la reforma en estudio, la misma Ley N°19.519 modifica el precepto constitucional recién citado exigiendo "un procedimiento y una investigación racionales y justos" (...) Pues bien, en virtud de la creación del Ministerio Público y de las funciones que a este organismo autónomo se otorgan, se ha suprimido, dentro de la fase del conocimiento, propio de los tribunales, la tarea de la investigación en materia criminal, dejando a éstos en tal aspecto exclusivamente el establecimiento de los hechos.

La alteración fundamental en este aspecto, al comparar el nuevo régimen con el del ordenamiento anterior, se halla en que no corresponde ahora dar a conocer a los órganos del Poder Judicial los hechos que pudieran tener carácter delictuoso, sino que deben denunciarse al Ministerio Público". (Silva Bascuñán, Alejandro; Tratado de Derecho Constitucional; Tomo VII; Editorial Jurídica; Santiago, 2002; pág. 217). (Las negritas son nuestras)

TRIGESIMOSEXTO. Que en el texto original contenido en el Mensaje el artículo 83, inciso primero (que correspondía al artículo 80 bis, inciso primero, del proyecto original), la facultad de investigar del Ministerio Público no revestía el carácter de exclusividad que hoy tiene. (Al respecto véase Otero Lathrop, Miguel;

El Ministerio Público; Lexis Nexis Conosur; Santiago, 2002; págs. 18 y sgtes., y Mensaje de la Ley N°19.519)

La norma original del proyecto disponía, en su inciso primero:

"Artículo 80 bis.- Existirá un organismo autónomo, con patrimonio propio, denominado Ministerio Público, que tendrá a su cargo la persecución penal pública en la forma prevista por la ley. Con este propósito, le corresponderá la investigación de los delitos y la formulación y sustentación de la acusación penal ante los tribunales."

TRIGESIMOSÉPTIMO. Que dicha exclusividad fue incorporada por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado mediante una indicación sustitutiva. A través de dicha indicación la Comisión aprobó un nuevo texto para el proyecto de ley en estudio, con el objeto de convenir líneas generales que luego facilitaran la discusión del proyecto en el Parlamento. En relación a las funciones y atribuciones del Ministerio Público, se señaló, entre otras cuestiones, que:

"(...) la indicación asigna al Ministerio Público las de ejercer la acción penal pública en la forma prevista por la ley, para lo cual le corresponderá, en forma exclusiva, investigar los hechos que configuren un delito, los que determinen una participación punible en él y los que acrediten la inocencia del imputado; adoptar medidas para amparar y proteger a las víctimas y a los testigos; impartir órdenes directas durante la inves-

tigación a la policía, la que deberá cumplirlas de inmediato y no podrá calificar su fundamento, oportunidad, justicia o legalidad; empero, si dichas órdenes pudieren perturbar o vulnerar derechos del imputado o de terceros garantizados por la Constitución, requerirán orden judicial previa. El ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público no priva al ofendido de su derecho a querellarse." (Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, Senado, Primer Informe, pág. 24, "Funciones y atribuciones del Ministerio Público").

De este modo, el artículo 80 bis del Mensaje –que pasa a ser el nuevo artículo art. 80 A- dispone en su nuevo inciso primero:

"Artículo 80 A.- Un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley, para lo cual le corresponderá dirigir, en forma exclusiva, la investigación de los hechos que configuren el delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado. De igual manera, le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos. En caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales." (Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, Senado, Primer Informe, pág. 42, "Texto del proyecto de la Comisión")

TRIGESIMOCTAVO. Que, según consta en el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del

Senado respecto del proyecto que se examina, una serie de indicaciones tuvieron por objeto cuestionar el texto del inciso primero del artículo 80 A aprobado por la Comisión en Primer Informe, en lo que tenía relación con el monopolio investigativo del Ministerio Público.

En efecto, la indicación N°5, de la H. Senadora señora Feliú, la N°6, de los Senadores Diez y Piñera, y la N°7, del senador Urenda, propusieron –entre otros asuntos– eliminar la exclusividad del Ministerio Público en la investigación.

En los tres casos, sin embargo, la Comisión rechazó la respectiva indicación de forma unánime, por estimar que éstas se apartaban "...de una línea central del proyecto, que opta precisamente por reconocer al Ministerio Público el monopolio de la investigación...". Por otra parte, la Comisión dejó constancia de que "... los actos de instrucción que pueden ordenar los jueces no alteran el hecho que la investigación será siempre dirigida por los fiscales." (Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, Senado, Segundo Informe).

TRIGESIMONOVENO. Que, según se aprecia en los antecedentes expuestos, el constituyente decidió de manera clara e inequívoca entregar el monopolio investigativo del proceso penal al Ministerio Público. Ésta "... representó una decisión irreversible del constituyente (...) Por esto, en la reforma procesal penal pendiente ya no se podrá controvertir esta vía de solución de la justicia penal, aun cuando en cierta manera subsisten

algunos problemas por cuanto el nuevo órgano "en caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales" (Piedrabuena Richard, Guillermo; ob. cit.; pág. 55).

IX. SIGNIFICADO DE LA FUNCIÓN DE DIRECCIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.

CUADRAGÉSIMO. Que en relación a la facultad investigativa, se ha señalado que:

"...dar la función de dirigir la investigación al Ministerio Público representa uno de los cambios más importantes de la reforma, ya que significa que los jueces se desprenden de una de las responsabilidades que tradicionalmente habían ejercido en nuestro país. Esta función del Ministerio Público es vista como un aspecto clave en el nuevo sistema para asegurar la imparcialidad judicial y para permitir que la investigación de los delitos sea realizada con parámetros de mayor eficiencia (...). (Duce J., Mauricio, y Riego R., Cristián; ob. cit.; pág. 135).

CUADRAGESIMOPRIMERO.

Que, en cuanto al contenido de la función de dirigir la investigación, se ha precisado que: "a los fiscales les corresponde "dirigir la investigación" y no "investigar", porque quien ejecuta materialmente esas acciones es la policía u otros órganos auxiliares.

Con todo, debemos observar que se prohíbe a la policía calificar el fundamento, la oportunidad, justicia y legalidad de las órdenes recibidas, declarando la norma constitucional que deberán cumplirlas de inmediato y sin más trámite.

Lo anterior se entiende que es sin prejuicio de que se permite a la policía requerir la exhibición de la autorización judicial previa, cuando se trate de órdenes que afecten el ejercicio de garantías constitucionales del imputado o de terceros.

En cuanto a las finalidades de la investigación, ella persigue establecer la existencia del delito, la participación del delincuente, o su inocencia. Durante la discusión parlamentaria se dejó constancia que las atribuciones que la Constitución y la ley orgánica constitucional entregan al Ministerio Público en razón de su función investigadora no importan de ninguna manera alterar el principio universalmente aceptado de presunción de la inocencia: no es el investigado, entonces, quien deberá acreditar que no le cabe responsabilidad penal, sino el fiscal quien debe probar lo contrario, si es el caso". (Verdugo Marinkovic, Mario, Pfeffer Urquiaga, Emilio, y Nogueira Alcalá, Humberto; Derecho Constitucional; Tomo II; Editorial Jurídica; Santiago, 1999; pág. 265). (Las negritas son nuestras)

CUADRAGESIMOSEGUNDO.

Que, tal como se ha señalado, corresponde al fiscal, en la medida que progresa la investigación, y si en ese sentido se encaminan los antecedentes, ir debilitando la presunción de inocencia establecida en beneficio del imputado.

Las atribuciones que la ley le confiere en la dirección de la investigación, "...significa(n) que el Ministerio Público se hace responsable de que la investigación sea realizada y de sus resultados.

Lo primero es señalar que en cuanto director de la investigación preliminar, el Ministerio Público es el organismo responsable de que ésta sea llevada adelante o se realice. En segundo término, la dirección de la investigación importa que el Ministerio Público es quien define la estrategia de persecución del caso. Luego, que el Ministerio Público cuenta con facultades para realizar, en forma autónoma o delegada, diligencias concretas de investigación. Finalmente, esta facultad le concede el Ministerio Público la dirección funcional de la policía para los efectos de realizar la investigación..." (Duce J., Mauricio y Riego R. Cristián; ob. cit. pág. 135). (Las negritas son nuestras)

CUADRAGESIMOTERCERO.

Que, como ya se ha referido, en el proceso de dirección de la investigación el Ministerio puede actuar ejerciendo potestades configuradas con elementos discrecionales, que convocan a su estimación o juicio subjetivo.

En ese sentido, le corresponde ejercer la acción penal (art. 166 CPP); además puede decidir sobre el archivo provisional en los términos del inciso primero del artículo 167 CPP; por otra parte, está facultado para no iniciar investigación, de acuerdo al artículo 168 CPP; asimismo, en los casos en que el hecho de que se tratare no comprometiere gravemente el interés público, se autoriza a los fiscales a no iniciar la persecución penal o aban-

donar la ya iniciada (art. 170 CPP); del mismo modo, le corresponde al fiscal formalizar y decidir la oportunidad para la formalización (art. 230 CPP); en el mismo sentido, puede solicitar la suspensión condicional del procedimiento (art. 237 CPP); puede declarar el cierre de la investigación (art. 248 CPP); y puede formular acusación cuando estimare que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado contra quien se hubiere formalizado la misma (art. 248, letra b), CPP).

Como se observa, estas facultadas materializan el principio de eficacia, la nueva concepción de la legalidad que introduce la reforma procesal penal y la facultad de conducir la investigación de manera exclusiva.

CUADRAGESIMOCUARTO.

Que, dentro del marco de sus facultades investigativas, del monopolio que tiene sobre la dirección de la investigación y de la discrecionalidad con la que puede actuar en el proceso de investigación, es que el Ministerio Público está facultado para no perseverar en la investigación. Dicha facultad es, como se expondrá a continuación, una expresión más del rol que le corresponde ocupar en el proceso penal.

X. LA FACULTAD DE NO PERSEVERAR.

CUADRAGESIMOQUINTO.

Que la facultad de no perseverar en el procedimiento es una salida autónoma en el proceso penal, establecida en el artículo 248, letra c), del CPP, distinta del sobreseimiento temporal y del definitivo. Esta forma de cerrar el procedimiento es facultativa, es decir, el fiscal decide si la aplica o no, y es una de las facultades discrecionales que el sistema le entrega al Ministerio Público en el proceso de dirección de la investigación.

CUADRAGESIMOSEXTO. Que, en efecto, el artículo 248 del Código Procesal Penal le otorga al fiscal tres alternativas para llevar adelante luego de cerrada la investigación. Tales alternativas son: a) solicitar sobreseimiento, b) formular acusación y c) comunicar la decisión de no perseverar.

CUADRAGESIMOSÉPTIMO.

Que, como se aprecia, el fiscal puede elegir entre las tres alternativas mencionadas en el artículo 248 CPP, pero siempre sujeto a la condición de haber practicado todas las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores y ateniéndose a los resultados que arrojaren los antecedentes reunidos. La evaluación de estos elementos es una facultad discrecional.

CUADRAGESIMOCTAVO.

Que, en consecuencia, la facultad que le permite al fiscal acusar es la misma que le permite solicitar sobreseimiento y la misma que le permite no perseverar. Las tres facultades son expresiones de la discrecionalidad propia que se le ha concedido como órgano encargado de dirigir la investigación del proceso penal de modo exclusivo.

CUADRAGESIMONOVENO.

Que, no obstante, para que el Ministerio Público pueda ejercer la facultad

de no perseverar en la investigación, es necesario que se cumpla una serie de requisitos previos. Estos son los elementos reglados de la potestad que se le otorga, sin perjuicio de que en ellos existan elementos discrecionales.

En primer lugar, es imprescindible que el fiscal haya practicado todas "las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores" (encabezado del artículo 248 CPP). Esta es una expresión de la obligación del Ministerio Público de investigar, establecida en el artículo 183 del CPP en relación con el artículo 257 del mismo Código. En virtud de los artículos citados, tanto el imputado como los demás intervinientes en el procedimiento pueden solicitar al fiscal las diligencias que consideraren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos. El fiscal, por su parte, tiene la obligación de ordenar que se lleven a efecto aquellas que estimare conducentes. Luego, si rechaza dicha solicitud, se puede reclamar ante las autoridades del Ministerio Público para obtener un pronunciamiento definitivo acerca de la procedencia de la diligencia. Por otra parte, dentro de los diez días siguientes al cierre de la investigación, los intervinientes podrán reiterar la solicitud de diligencias precisas de investigación que oportunamente hubieren formulado durante la investigación y que el Ministerio Público hubiere rechazado o respecto de las cuales no se hubiere pronunciado.

QUINCUAGÉSIMO. Que, como segunda condición, es necesario que el fiscal haya cerrado la investigación

y que se pronuncie dentro de los días siguientes a dicho cierre. Así lo establece el artículo 248 del CPP: "Practicadas las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores, el fiscal declarará cerrada la investigación y podrá, dentro de los diez días siguientes..."

QUINCUAGESIMOPRIMERO.

Que, como tercera condición, es preciso que habiendo realizado las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores, el fiscal llegue a la conclusión de que los antecedentes reunidos no son suficientes para fundar una acusación. Para acusar, es necesario que el Ministerio Público "estimare que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado" (artículo 248, letra b)).

QUINCUAGESIMOSEGUNDO.

Que, en efecto, de acuerdo a la jurisprudencia y la doctrina, la decisión de no perseverar debe fundarse "... en la no existencia de un mínimo de pruebas idóneas, las cuales por su vaguedad o ineficacia hagan presumible la inutilidad de llevar el caso al juicio oral, al llevar al investigador a una duda razonable de que aquellas no podrán completarse o consolidarse, ni servir como germen o fuente de otras probanzas idóneas que puedan dar al tribunal oral en lo penal la certeza que la ley exige para poder condenar." (Núñez Vásquez, Cristóbal; Tratado del Proceso Penal y del Juicio Oral; Jurídica; 2002; pág. 150).

QUINCUAGESIMOTERCERO.

Que, en cuarto lugar, es necesario que

la facultad de no perseverar se comunique en una audiencia convocada especialmente con ese objeto por requerimiento del fiscal, de acuerdo a lo establecido en el artículo 249 CPP.

Tal como señala la norma, a esta audiencia debe citarse a todos los intervinientes, es decir, al imputado, el defensor, la víctima y el querellante, para oír sus planteamientos al respecto. (Núñez Vásquez, Cristóbal; ob. cit.; pág. 152).

QUINCUAGESIMOCUARTO.

Que, como se aprecia, la atribución del fiscal en relación con su facultad de no perseverar, es una potestad con elementos reglados y con elementos discrecionales.

Varias de las condiciones que se establecen para ejercer dicha facultad también proceden respecto de las otras facultades del artículo 248 CPP. Así, para la procedencia del sobreseimiento también se deben realizar las diligencias pertinentes y se debe convocar a una audiencia. Sin embargo, a diferencia de la facultad de no perseverar, en el caso del sobreseimiento los antecedentes reunidos deben permitir concluir que se da alguna de las causales de sobreseimiento establecidas en los artículos 250 y 252 CPP. Por otra parte, la misma reunión de antecedentes es necesaria para ejercer la facultad de acusar, pero en ese caso de los antecedentes reunidos se debe concluir que existe un fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado contra quien se hubiere formalizado la investigación.

QUINCUAGESIMOQUINTO.

Que es cierto que la decisión de no

perseverar en el procedimiento no está sometida a la aprobación del juez de garantía, y en eso se diferencia del sobreseimiento. Dicha característica tiene relación con la naturaleza investigativa de la facultad de no perseverar y con la lógica de la Reforma de separar funciones administrativas y jurisdiccionales en distintos órganos.

QUINCUAGESIMOSEXTO.

Que en ese sentido, la jurisprudencia ha señalado que:

"3°) Que de lo expuesto en los dos fundamentos que anteceden y teniendo presente que el modelo de sistema que impera en el Código Procesal Penal consiste en entregar sólo al Ministerio Público la investigación, y por eso a ellos exclusivamente les corresponde valorar el mérito de la misma, y por ende, lo que decidan a su respecto no está sujeto a revisión por parte del Juez respectivo." (Corte de Apelaciones de Valdivia, 04/03/2009, Rol N°75-2009).

En el mismo sentido:

"7º) Que, por último, de la historia fidedigna de la ley surge que el Senado "incluyó una tercera opción para el fiscal, consistente en que comunique la decisión del ministerio público de no perseverar en el procedimiento, por no haberse reunido antecedentes suficientes para fundar una acusación, esto es, la circunstancia que se contempla al comienzo de la última causal de sobreseimiento definitivo. En tal caso, por consiguiente, no se decretará sobreseimiento, sino que, al igual que ocurre con la formalización de la investigación, se tomará conoci-

miento de un decisión del ministerio público, sobre la cual no le corresponderá pronunciarse al juez de garantía, sin perjuicio de la ulterior revisión que de ella pudiere efectuarse (E. Pfeffer. Código Procesal Penal, 2ª Edición, pág. 395)." (Corte de Apelaciones de San Miguel, 15/12/2008, Rol N°1552-2008).

QUINCUAGESIMOSÉPTIMO.

Que, a diferencia de la facultad de no perseverar, el sobreseimiento ha sido definido como una resolución jurisdiccional: "aquella resolución mediante la cual el tribunal dispone el término del procedimiento o su suspensión, a propuesta del Ministerio Público o a petición del imputado, y en los casos que señala la ley" (Aguilar Aranela, Cristián; Manual de Derecho Procesal Penal Oral; Tomo I; Editorial Metropolitana; Santiago, 2004; pág. 396).

QUINCUAGESIMOCTAVO.

Que las características del sobreseimiento justifican que éste se someta a las decisiones del juez de garantía. El sobreseimiento procede por causales específicas establecidas en el Código, y ni las causales que motivan la declaración de sobreseimiento definitivo, ni las que justifican la declaración de sobreseimiento temporal, son equiparables a la insuficiencia de antecedentes que motiva la aplicación de la facultad de no perseverar en la investigación.

Por esa razón, se ha señalado que "a la luz de las causales que el actual artículo 252 del CPP contiene, la posibilidad de que un procedimiento penal se paralice "hasta que se presenten mejores datos" no tiene recepción en

el nuevo sistema, como veremos (en tal caso el Fiscal debería comunicar su decisión de no perseverar en el procedimiento)." (Chahuán Sarrás, Sabas; ob. cit.; pág. 245).

QUINCUAGESIMONOVENO.

Oue, en cuanto a sus efectos, el sobreseimiento definitivo pone término al procedimiento y tiene autoridad de cosa juzgada. En cambio, la facultad de no perseverar en la investigación produce los efectos establecidos en el artículo 248, inciso final: "La comunicación de la decisión contemplada en la letra c) precedente dejará sin efecto la formalización de la investigación, dará lugar a que el juez revoque las medidas cautelares que se hubieren decretado, y la prescripción de la acción penal continuará corriendo como si nunca se hubiere interrumpido."

SEXAGÉSIMO. Que la naturaleza administrativa e investigativa de la facultad de no perseverar justificó que se la tratara como una causal autónoma de cierre de la investigación, durante la etapa de discusión del CPP en el Congreso Nacional.

En efecto, desde el Anteproyecto contenido en el Mensaje del Nuevo Código de Procedimiento Penal hasta el proyecto aprobado por la Cámara de Diputados, la falta de antecedentes para fundar una acusación por parte del Ministerio Público fue considerada como una causal que facultaba al fiscal para solicitar el sobreseimiento temporal y al juez de garantía para decretarla.

Así, entonces, el primitivo artículo 318 contenido en el proyecto, dispo-

nía: "...practicadas las diligencias que hubiere considerado necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores, el fiscal del ministerio público declarará cerrada la investigación y podrá, dentro de los diez días siguientes: solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal de la causa, o formular acusación cuando estimare que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado contra quien se hubiere formalizado la instrucción." (Las negritas son nuestras)

Que, no obstante, en la última fase de tramitación parlamentaria en el Senado se modificó el criterio de acuerdo al cual la falta de antecedentes justificaba una declaración de sobreseimiento, pasando a constituir una causal autónoma de cierre de la investigación.

SEXAGESIMOPRIMERO. Que el criterio para introducir la referida modificación obedeció a la idea de que la existencia o no existencia de un mérito probatorio que permitiera fundar una acusación, era una cuestión cuya determinación correspondía esencialmente al órgano encargado de la investigación penal y no constituía, en cambio, materia de pronunciamiento jurisdiccional (en ese sentido se puede revisar el Oficio del Ministerio Público, Fn. 556, de 18 de noviembre de 2003, que relata la historia legislativa referida).

SEXAGESIMOSEGUNDO. Que dicho criterio no hizo más que aplicar el principio general que atraviesa y sostiene a la Reforma Procesal Penal y que se traduce en "separar las

funciones de investigar y la de juzgar, entregando a órganos distintos cada una de estas funciones" (Historia Legislativa Ley N°19.519 que Crea el Ministerio Público (D.O.16.09.97) (Boletín 1943-07).

SEXAGESIMOTERCERO.

Que, en conclusión, la facultad de no perseverar en la investigación es una expresión de las facultades discrecionales que se le han otorgado al Ministerio Público para llevar adelante la dirección de la investigación de manera exclusiva. Ello no obsta a que dicha discrecionalidad esté sometida a varios requisitos, ya que se trata de una discrecionalidad no arbitraria. Por otra parte, ésta corresponde al Ministerio Público sin intervención del juez de garantía. Ello se justifica en que ésta es una facultad estrictamente investigativa y no jurisdiccional, y por ello se diferencia del sobreseimiento, que sí requiere aprobación del juez de garantía. El hecho de que no intervenga el juez de garantía, sin embargo, no significa que la víctima quede a merced de las eventuales arbitrariedades del fiscal. En efecto, como se señalará a continuación, la víctima tiene distintos tipos de resguardos frente al Ministerio Público y se le reconocen diversos derechos en todo el curso del proceso penal.

XI. DERECHOS DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL

1. La víctima en la Reforma Procesal Penal

SEXAGESIMOCUARTO. Que el hecho de que la Reforma Procesal Penal entregue al Ministerio Público

el monopolio de la investigación en el proceso penal, no significa que la víctima del respectivo delito no tenga derechos en el mismo, ya sea en la investigación, ya sea en las etapas posteriores.

SEXAGESIMOQUINTO. Que, en efecto, se ha señalado que "el Código Procesal Penal profundiza en buena medida el régimen de participación de la víctima en el proceso penal, adecuándolo a los requerimientos del desarrollo social actual. (...)

La tendencia a una equiparación del querellante particular al ministerio público como portador legítimo de una pretensión punitiva se advierte ya con la ley de Reforma Constitucional N°19.519, que crea el ministerio público, cuando se introduce una norma en el inciso 2º del artículo 80 A CPE que establece que "el ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal". Con ello se confiere a la víctima la calidad de titular del derecho constitucional al ejercicio de la acción penal en los mismos términos del ministerio público, equiparación que, como veremos, no ha recibido el aplauso unánime de la doctrina". (Horvitz Lennon, María Inés, y López Masle, Julián; ob. cit.; pág. 289).

En el mismo sentido, se ha observado que "a diferencia del texto que viene a reemplazar, el nuevo Código observa una preocupación constante por este sujeto tan importante que es la víctima, al grado que no parece exagerado afirmar que una de las notas distintivas del nuevo cuerpo legal es, precisamente, su preocupación por

dicha víctima, como se demuestra con la exigencia legal que impone que en todo recinto policial, de juzgados de garantía, de tribunales de juicio oral en lo penal, del Ministerio Público y de la Defensoría Penal Pública, deberá exhibirse en un lugar destacado y claramente visible al público, un cartel en el cual se consignen los derechos de las víctimas (art. 137 Código Procesal Penal)" (Tavolari Oliveros, Raúl; ob. cit., pág. 301)

SEXAGESIMOSEXTO. Que, en relación a los derechos de la víctima, esta Magistratura ha aseverado que:

"DECIMOQUINTO: Que para el cumplimiento de las exigencias derivadas de la necesidad de garantizar una investigación "racional y justa", el Código Procesal Penal ha previsto diversos mecanismos para que el querellante y la víctima, como en el presente caso, puedan plantear sus pretensiones durante la fase de investigación que desarrolla el fiscal, como asimismo en relación con la formalización de la misma y, más aun, en caso de que el fiscal no proceda a realizar esta última impidiendo la prosecución del proceso criminal.

 (\ldots)

DECIMOSEXTO: Que, así, el Código Procesal Penal permite:

1) Que el imputado y los demás intervinientes en el procedimiento soliciten al fiscal todas aquellas diligencias que estimen pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos, debiendo aquél ordenar que se lleven a efecto las que estime conducentes. Si el fiscal rechazare la solicitud, se puede reclamar ante las autoridades del Ministerio Público según lo disponga la ley orgánica constitucional respectiva (art. 183);

- 2) Que el imputado o los demás intervinientes puedan asistir a actuaciones y diligencias propias de la investigación cuando el fiscal lo estimare útil (art. 184);
- 3) Que cualquier persona que se considere afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente, pueda pedir al juez de garantía que le ordene al fiscal informar sobre los hechos que fueren objeto de ella, fijándole, incluso, un plazo para formalizarla (art. 186);
- 4) Que los intervinientes en el procedimiento puedan ser citados a la audiencia de formalización de la investigación, permitiéndoles también plantear peticiones en la misma (arts. 231 y 232);
- 5) Que el querellante particular pueda oponerse a la solicitud de sobreseimiento formulada por el fiscal, instando, en cambio, por el forzamiento de la acusación (art. 258);" (STC roles N°s 1244 y 1445).

SEXAGESIMOSÉPTIMO. Que, sin perjuicio de lo señalado por esta Magistratura, la doctrina ha clasificado los derechos de la víctima en el proceso penal del siguiente modo (Tavolari Oliveros, Raúl; ob. cit.). En primer lugar, ha señalado que existe el derecho de protección, tanto de parte del Ministerio Público como de los jueces y de la policía (art. 6º CPP, art. 78 CPP, art. 83 CPP, art. 109, letra a), CPP, art. 1º Ley 19.640, art. 20, letra f), Ley 19.640, art. 34, letra e), Ley 19.640, art. 32, letra g),

Ley 19.640, art. 19 Ley 19.640, art. 14 COT y 80 A CPE). En segundo lugar, está el derecho de intervención (art. 111 CPP -posibilidad de presentar querella-; art. 258 CPP -posibilidad de forzar la acusación-; art. 261 CPP -posibilidad de adherir a la acusación o formular acusación particular; art. 157 CPP-posibilidad de solicitar medidas cautelares reales durante la investigación-; art. 83 CPE -derecho a la acción penal. En tercer lugar, se encuentra el derecho de audiencia (art. 78, letra d), CPP, art. 109, letra d), CPP, art. 237 CPP -derecho a ser oída antes de que el fiscal pidiere o se resolviere sobre la suspensión del procedimiento o su terminación anticipada-; art. 169 CPP -derecho a producir la intervención del juez de control cuando el fiscal estima que no corresponde instruir-; art. 109 CPP -derecho a ser oída antes del pronunciamiento sobre el sobreseimiento temporal o definitivo u otra resolución que pusiere término a la causa-; art. 170, inciso tercero CPP -puede manifestar de cualquier modo su interés en el inicio o en la continuación de la persecución penal para que el juez de garantía deje sin efecto la decisión del fiscal de aplicar el principio de oportunidad. En cuarto lugar, está el derecho de impugnación, tanto de resoluciones jurisdiccionales como administrativas (art. 109, letra f), CPP; art. 33 Ley 19.640; art. 167 CPP; art. 7º Ley 19.640; Libro III CPP). Finalmente, existe lo que se engloba en la categoría "otros derechos" (art. 314 CPP, entre otros).

 No existe un derecho subjetivo a que el Ministerio Público investigue.

SEXAGESIMOCTAVO. Que a pesar de que, tal como se ha relatado, la víctima tiene diversos derechos en el proceso penal, no se puede afirmar que ésta tenga directamente un derecho a que se investigue. Antes de definir dicho eventual derecho, es necesario determinar la posición que ocupa cada actor dentro del sistema procesal penal.

SEXAGESIMONOVENO. Que la función de investigar es una potestad del Ministerio Público; pero el Ministerio tiene discrecionalidad para decidir si investiga o no. Por su parte, dicha discrecionalidad es la expresión de la confianza necesaria que el constituyente y el legislador han depositado en el órgano persecutor para el cumplimiento de su función de dirección de la investigación, según se ha profundizado en otros considerandos de esta sentencia.

SEPTUAGÉSIMO. Que la víctima no sustituye al Ministerio Público en su labor de investigar, sin perjuicio de que excepcionalmente ella pueda forzar la acusación y solicitar diligencias de investigación. En otras palabras, los intereses de la víctima no son vinculantes ni para el fiscal en sus labores investigativas, ni para el juez en sus labores jurisdiccionales, sin perjuicio de que el ordenamiento jurídico le reconozca una serie de derechos.

En ese sentido ya se ha pronunciado esta Magistratura al señalar:

"TRIGESIMOSEXTO: Que, por la misma razón anotada, este Tribunal no comparte la alegación del actor en cuanto a que la víctima y querellante ha debido limitarse, en la audiencia respectiva, a ser oída, sin poder efectivamente oponerse y tener derecho a un debido proceso. En efecto, ya se ha recordado que el propio artículo 237 del Código Procesal Penal permite que el querellante o la víctima asistan a la audiencia en que se ventile la suspensión condicional del procedimiento, debiendo ser oídos por el tribunal (inciso cuarto). Ello efectivamente ocurrió en el presente caso.

Sin embargo, no resistiría un test de constitucionalidad, desde el punto de vista del debido proceso legal y, particularmente, de la igualdad procesal, que el juez quedara vinculado por la posición expresada por el querellante o por la víctima, en desmedro de las posiciones de los demás intervinientes en el proceso. Más bien, en ejercicio de la facultad jurisdiccional que le compete, el juez deberá ponderar los distintos argumentos vertidos en la audiencia, concediendo o denegando la solicitud de suspensión del procedimiento sobre la base de la concurrencia de los requisitos legales que la hacen procedente;" (STC rol N°1244, de 2 de junio de 2009).

SEPTUAGESIMOPRIMERO.

Que, en consecuencia, la estrategia de investigación que lleva adelante el Ministerio Público no es, diríamos, "pautada" por la voluntad de la víctima. Ésta no puede ejercer sus derechos en cualquier tiempo y lugar, sino que se debe someter a la forma que la ley establece para el ejercicio de los mismos.

SEPTUAGESIMOSEGUNDO.

Que si el Ministerio Público evita llevar adelante la investigación por razones que resultan arbitrarias, se producirá una infracción normativa, pero no la violación de un supuesto derecho subjetivo a la investigación y a la condena del supuesto culpable del delito.

SEPTUAGESIMOTERCERO.

Que, sobre la inexistencia de dicho derecho subjetivo, se ha referido que: "Hay que entender que en el proceso penal la decisión de iniciar la investigación penal -salvo en los delitos de "acción privada" – comporta la asunción de una actividad pública, aun en el caso de que se inicie por denuncia o querella particular. Es que en este último caso no hay tutela de intereses privados en juego. El que se querella no está pidiendo tutela para un interés propio sino que está colaborando o bien supliendo una negligente o arbitraria actuación fiscal en el estatal ejercicio del ius persequendi. No puede haber de este modo un derecho subjetivo público, de naturaleza constitucional, al ejercicio de la "acción penal", ni siquiera para la víctima. Los individuos no tienen el derecho de someter a juicio penal a otro ciudadano." (Bordalí Salamanca, Andrés; No Hay Ejercicio del Derecho Fundamental de Acción en el Proceso Penal. Sentencia del Tribunal Constitucional que Declaró Inaplicable el Artículo 230 del Código Procesal Penal; Revista de Derecho; Universidad Austral; pág. 247).

3. Cómo interpretar el artículo 83 de la Constitución.

SEPTUGESIMOCUARTO. Que, de acuerdo a lo señalado, hay que interpretar el sentido del artículo 83, inciso segundo, de la Constitución. Dicha disposición reza: "El ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal." ¿A qué se refiere la Carta Fundamental con el derecho a la acción penal? Al respecto se ha señalado que "una alternativa es entender que cuando la Constitución le asegura al ofendido por el delito ejercer igualmente la acción penal, está presuponiendo una actividad que supone la activación de la investigación penal mediante la respectiva querella y luego la posibilidad de acusar. Si se le permite a un sujeto acusar, previamente se le debe haber permitido querellarse. A todo ello parece tener derecho la víctima. Pero tener derecho a querellarse y luego a acusar no quiere decir que se tenga un derecho fundamental de acción en los mismos términos que se da cuando se pide la tutela para un derecho o interés legítimo a un juez civil o laboral. Esa negativa no responde a una cuestión sistemática que diría que el derecho de acción está regulado en el artículo 19 N°3 inciso 1º CPR y no en otras disposiciones del texto constitucional, sino a que es inconcebible un derecho de acción en un procedimiento penal público y regido por el principio de oficialidad. El derecho de acción sólo es concebible tratándose de intereses privados o, más en general, donde figure la confrontación de los intereses pretendidos por dos sujetos antagónicamente, lo cual no existe en materia penal. El artículo 83 CPR debe ser analizado fuera del ámbito del derecho fundamental de acción. Debe significar para el legislador procesal penal la obligación de considerar desde luego a la víctima como parte activadora del deber estatal de perseguir las conductas delictivas. Es decir, el legislador procesal penal se ve en la obligación de considerar a la querella particular como una de las vías de inicio de la persecución penal y la posibilidad del querellante de acusar particularmente, si es que se llega a ese estado. No se trata de un derecho fundamental de acción entendido como el poder para deducir una pretensión ante un tribunal de justicia y obtener una sentencia de ese tribunal, porque ello, en materia procesal penal, sería propio de un sistema radicalmente acusatorio, completamente privatizado, sistema que es incompatible con la existencia de un órgano público que tiene como deber dirigir en forma exclusiva la investigación penal, y en su caso, acusar, como lo consagra el sistema constitucional chileno (art. 83, inc. 1°, CPR)." (Bordalí Salamanca, Andrés; ob. cit.; pág. 248).

SEPTUAGESIMOQUINTO.

Que el hecho de que la persecución penal provenga de los órganos del Estado, explica que la víctima no pueda ocupar el mismo lugar ni el mismo rol que ocupa el Ministerio Público en el sistema.

A pesar de ello, el Código Procesal Penal diseña una especie de equivalencia entre el Ministerio Público y la víctima. En ese sentido, podemos apreciar que mientras el Ministerio puede archivar provisionalmente (art. 167 CPP), no iniciar investigación (art. 168 CPP), cerrar la investigación (art. 248 CPP) o formalizar (art. 230 CPP), la víctima puede querellarse en cualquier momento (arts. 111 y 112 CPP), desistirse (118 CPP) y abandonar la querella (art. 120 CPP).

De este modo, a pesar de que no son equivalentes con las facultades del Ministerio, se establecen facultades equiparables para que la víctima pueda hacer valer sus intereses en el proceso. Pero unas son potestades públicas, es decir, poderes jurídicos para imponer conductas, y los otros, derechos.

4. Responsabilidad del Ministerio Público por conductas arbitrarias.

septuagesimosexto. Que el hecho de que la víctima no tenga un derecho subjetivo a la investigación y que no sea totalmente equiparable al Ministerio Público en el proceso penal, no significa que ésta esté sujeta a las eventuales arbitrariedades que pudiere cometer el fiscal.

SEPTUAGESIMOSÉPTIMO.

Que dicho asunto se subrayó en la discusión legislativa de la Ley N°19.519, por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados:

"El Ministerio Público puede ser renuente a investigar, pues tiene la posibilidad de no iniciar la investigación o de abandonar la ya iniciada, o de resolver el archivo provisional de los antecedentes.

El proyecto de nuevo Código regula la no iniciación de la investigación, indicando que, si el Ministerio Público resuelve no iniciar la investigación, la víctima, mediante la interposición de la querella, puede provocar la intervención del juez, el que, si la admite a tramitación, obliga al Ministerio Público a investigar.

Si el Ministerio Público resuelve el archivo provisional de los antecedentes, la víctima tiene el derecho de solicitar del fiscal la reapertura del procedimiento y la realización de diligencias de investigación; puede reclamar también ante las autoridades superiores del Ministerio Público y, por último, interponer una querella, la que, admitida por el juez, genera la obligación de investigar para el Ministerio Público.

El efecto principal de estas normas es que el Ministerio Público no tiene el monopolio de la acción penal. En esta etapa previa, la resistencia del Ministerio Público a investigar está sujeta al control del juez." (Informe Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, 11 de junio de 1997, Historia de la Ley N°19.519, Boletín 1943-07).

SEPTUAGESIMOCTAVO. Que, por lo mismo, puede afirmarse que el Código Procesal Penal está estructurado de tal modo que cada institución en la que el fiscal puede actuar con cierta discrecionalidad, tiene un mecanismo de seguro en favor de la víctima y de sus intereses.

SEPTUAGESIMONOVENO.

Que, por ello, el artículo 5º de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, Ley N°19.640, dispone como principio general que "el Estado será responsable por las conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias del Ministerio Público."Y con el mismo sentido, el artículo 7º de la misma establece que "las autoridades y jefaturas, dentro del ámbito de su competencia administrativa y en los niveles que corresponda, ejercerán un control jerárquico permanente del funcionamiento de las unidades y de la actuación de los funcionarios de su dependencia."Y que dicho control se extiende "tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones"

OCTOGÉSIMO. Que, a su vez, el artículo 32 b) de la Ley 19.640 establece que "corresponderá al Fiscal Regional:

(...)

b) Conocer y resolver, en los casos previstos por la ley procesal penal, las reclamaciones que cualquier interviniente en un procedimiento formulare respecto de la actuación de un fiscal adjunto que se desempeñe en la Fiscalía Regional a su cargo;".

Dicha disposición debe ser relacionada, por ejemplo, con lo dispuesto en los artículos 49 y 50 de la misma ley, que disponen respectivamente que las infracciones de los deberes y prohibiciones en que incurran los fiscales serán sancionadas disciplinariamente, de oficio o a requerimiento del afectado, con alguna de las medidas que indica el precepto, y que la remoción, en el caso de un fiscal adjunto,

procederá cuando incurra en alguna de las circunstancias siguientes:

- "1) Incapacidad, mal comportamiento o negligencia manifiesta en el ejercicio de sus funciones.
- 2) Falta de probidad, vías de hecho, injurias o conducta inmoral grave, debidamente comprobadas.
- 3) Ausencia injustificada a sus labores, o sin aviso previo, si ello significare un retardo o perjuicio grave para las tareas encomendadas.
- 4) Incumplimiento grave de sus obligaciones, deberes o prohibiciones."

OCTOGESIMOPRIMERO.

Que, el sistema de seguro en favor de los intereses de la víctima también opera en el caso del sobreseimiento y de la facultad de no perseverar.

En efecto, en el caso del sobreseimiento, la intervención del juez de garantía es necesaria (arts. 248 y 256 CPP), pero además procede en contra de la declaración de sobreseimiento el recurso de apelación (art. 253 CPP), los intervinientes deben ser escuchados en la respectiva audiencia, y se puede forzar la acusación en los términos establecidos en el artículo 256 CPP.

Por su parte, en el caso de la facultad de no perseverar en la investigación, procede la reapertura de la investigación (art. 257 CPP).

En efecto, el Ministerio Público ha planteado que dicha reapertura procede incluso si es que la facultad de no perseverar se ha ejercido existiendo formalización (MP, Oficio Fn. 556, 18 de noviembre de 2003). Para apoyar esta postura se ha argumentado que:

"...el ejercicio de la facultad de no perseverar en el procedimiento no parece una demostración de inactividad por parte del órgano persecutor desde que éste reconoce la falta de antecedentes que le permitan fundamentar seriamente una acusación. En este sentido, cierra una investigación que no presenta buenas expectativas de éxito desde la perspectiva de la persecución penal sin que ello constituya una ineficiencia del sistema. Por lo demás, se trata de la correcta utilización de los mecanismos que la propia legislación ha contemplado, por lo que la situación no debiera merecer reparos."

En segundo lugar, se ha señalado que tanto la decisión de no perseverar como la formalización no producen cosa juzgada, por lo que la decisión de no perseverar no sería impedimento para que posteriormente se volviera a realizar una nueva formalización: "El hecho de que la cosa juzgada, como sabemos, sea un efecto propio de las sentencias definitivas e interlocutorias firmes, que se traduce en la eficacia que hace inmutable e indiscutible la sentencia, no sujeta ya a impugnación, sea por vía ordinaria o extraordinaria, tiene relación con el origen mismo del acto revestido de la autoridad de cosa juzgada. Vale decir, SOLO podemos hablar de este efecto tratándose de resoluciones jurisdiccionales porque sólo el órgano jurisdiccional tiene la autoridad para decidir acerca de la responsabilidad (penal en este caso) de una persona y los consiguientes efectos importantísimos que de esta conclusión pueden derivarse (privación o restricción de derechos). El Ministerio Público no tiene la autoridad suficiente para decidir acerca de la responsabilidad penal de las personas, sólo puede sostener una postura en un sentido determinado. Por ello, una nueva formalización por parte del ente persecutor no implica, por obvio que parezca, una condena y, por lo tanto, no necesita estar revestido de la autoridad de cosa juzgada ni de algún efecto análogo al mismo." (las negritas son nuestras)

OCTOGESIMOSEGUNDO.

Que, además de la reapertura, podría proceder en este caso, si existiese formalización, la posibilidad de forzar la acusación en los términos del artículo 258 CPP.

OCTOGESIMOTERCERO.

Que, a su vez, el artículo 186 del Código Procesal Penal prescribe lo siguiente:

Artículo 186.- Control judicial anterior a la formalización de la investigación. Cualquier persona que se considerare afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente, podrá pedir al juez de garantía que le ordene al fiscal informar acerca de los hechos que fueren objeto de ella. También podrá el juez fijarle un plazo para que formalice la investigación.

OCTOGESIMOCUARTO. Que todas las disposiciones reproducidas permiten a la víctima reclamar, tanto en sede administrativa como judicial, de la conducta arbitraria del fiscal.

En cuanto a lo dispuesto en el artículo 186, esta Magistratura ya se ha pronunciado señalando que de acuerdo a "la regla hermenéutica según la cual donde la ley no distingue no le es lícito al intérprete distinguir, nada se opondría a que el juez de la causa entienda que el querellante es una persona afectada y aplique el artículo 186 del Código Procesal Penal accediendo a la petición de aquel interviniente de controlar la investigación no formalizada." (STC rol N°1380, cons. 12; en el mismo sentido, STC rol N°1337 y STC rol N°1467).

XII. CONCLUSIÓN.

OCTOGESIMOQUINTO. Que, en consecuencia, la víctima tiene derechos que puede ejercer en el curso del proceso penal, de modo que la discrecionalidad con que se ha dotado al Ministerio Público no significa que el fiscal pueda actuar de modo arbitrario.

En efecto, éste está sometido a todos los sistemas con que se aseguran los intereses de la víctima y se limita la esfera de acción del órgano persecutor. Por otra parte, la Constitución obliga directamente al Ministerio Público al establecer la garantía de un procedimiento y una investigación racionales y justos. Dicha modificación se incorporó, según se expresó, especialmente para extender la garantía del debido proceso a la investigación efectuada por el fiscal.

OCTOGESIMOSEXTO. Que, en consecuencia, de acuerdo a lo expresado largamente en esta sentencia, la víctima respecto de la cual se ejerce la

facultad de no perseverar, no queda en la indefensión al modo que lo ha afirmado el requirente, ni tampoco la aplicación de dicha facultad por parte del Ministerio Público vulnera su derecho a la defensa, su derecho a la acción penal, el principio de esencialidad de los derechos ni la obligación del Ministerio Público de investigar. Como ya se señaló, el Código Procesal Penal establece un sistema de aseguramiento de derechos en favor de la víctima, para cada caso en que el Ministerio Público puede actuar con discrecionalidad. Además, dicha discrecionalidad es siempre una discrecionalidad con elementos reglados, pues está sometida a una serie de requisitos, de modo que se asegura un control sobre las actuaciones del fiscal. A pesar de que no se puede afirmar, según se ha desarrollado en esta sentencia, que la víctima tenga un derecho a que se investigue, o a sustituir al Ministerio Público en la investigación, es cierto que el nuevo proceso penal le otorga tal cantidad de resguardos y derechos en el proceso penal, que incluso se puede hablar de una especie de equivalencia entre ésta y el Ministerio Público.

Por todas estas razones se rechazará el presente requerimiento de inaplicabilidad.

YVISTO: lo dispuesto en los artículos 19, N°s 2° y 26°, y 83, ambos de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N°17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

QUE SE RECHAZA EL REQUE-RIMIENTO DE INAPLICABI-LIDAD DEDUCIDO A FOJAS 1 Y QUE SE DEJA SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DECRE-TADA.

El Ministro señor Marcelo Venegas Palacios (Presidente) previene que, atendido el mérito de los antecedentes del proceso y examinada la carpeta de investigación RUC 0810018505-K, remitida por el Fiscal Regional (S) del Ministerio Público de la Araucanía señor Sergio Moya Domke, agregada a fojas 68 y siguientes, concluye que la acción deducida por el requirente no logra configurar un verdadero conflicto de constitucionalidad en relación con el precepto legal impugnado, sino que se dirige más bien a formular un reproche a la conducta funcionaria desplegada por el respectivo fiscal del Ministerio Público, para lo cual la acción de inaplicabilidad consagrada en el N°6 del artículo 93 de la Carta Fundamental no resulta la vía idónea, motivo por el cual concurre al rechazo del requerimiento teniendo presente únicamente lo razonado en los considerandos PRIMERO a SEPTIMO de la sentencia, sin suscribir las demás consideraciones de ésta.

La Ministra señora Marisol Peña Torres previene que no comparte lo señalado en el capítulo V y en el considerando vigesimotercero, párrafo segundo, de esta sentencia, por considerar que en dichos acápites se efectúa una argumentación propia de un control abstracto de constitucionalidad. Igualmente, no comparte

lo razonado en los considerandos quincuagesimoséptimo, quincuagesimoctavo y quicuagesimonoveno, por estimar que en ellos se abunda sobre un detalle ajeno al conflicto constitucional que se trata de resolver en el caso de autos.

Se previene que el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán concurre al fallo, teniendo presente exclusivamente lo señalado en los capítulos I, II, VIII, IX (con excepción del considerando 43°), X y XI (únicamente respecto de los considerandos 64° a 67°). Del mismo modo, tiene en consideración que el artículo 248 letra c) del Código Procesal Penal, en cuanto regula la facultad de no perseverar del Ministerio Público, debe interpretarse en términos tales que la investigación practicada haya sido efectuada de manera "racional y justa", tal como lo ordena perentoriamente el artículo 19 N°3, inciso quinto, de la Constitución Política de la República y lo ha reiterado recientemente esta Magistratura (Rol N°1445), a lo que debe agregarse que dicha decisión debe ser debidamente aprobada por un juez de garantía, en los términos establecidos en el artículo 249 del mismo código, resolución que es susceptible de ser apelada, como ha ocurrido en el caso de autos. Por último, estima este previniente que la acción impetrada parece más bien dirigida a la actuación administrativa del órgano investigador que al precepto legal en cuestión, materia que ciertamente escapa a la esfera propia de la acción de inaplicabilidad, como reiteradamente lo ha sentenciado este Tribunal (entre otros, Roles N°1264/2008 y 1268/2009).

Adoptada con el voto en contra de los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto y Mario Fernández Baeza, quienes estuvieron por acoger el requerimiento en virtud de las siguientes consideraciones:

1. Que la competencia específica que tiene este Tribunal Constitucional al conocer un requerimiento de inaplicabilidad se limita al examen de los posibles efectos contrarios a la Constitución que, en la gestión judicial que se sigue ante un tribunal ordinario o especial, puede producir el o los preceptos legales impugnados.

No corresponde, entonces, con ocasión de un requerimiento de inaplicabilidad dirigido contra un determinado precepto legal de un Código, hacer un análisis de la constitucionalidad del cuerpo legal en su conjunto, y menos de su mérito;

- 2. Que, por consiguiente, en el requerimiento que nos ocupa, el Tribunal Constitucional debe limitarse a examinar la posible aplicación contraria a la Constitución que reciba el único precepto legal impugnado y que no es otro que el artículo 248 del Código Procesal Penal en su letra c);
- 3. Que, para ajustarse a la Constitución, la interpretación y aplicación de los preceptos legales ha de efectuarse de modo tal que los principios y normas constitucionales sean respetados y produzcan efecto, debiendo, por consiguiente, rechazarse toda aplicación que traiga como resultado el desconocimiento o ineficacia de los mismos, pues, la Ley Fundamental debe informar efectiva y no sólo nominalmente la actuación de los

órganos del Estado, incluidos los que tienen a su cargo la dirección de una investigación criminal y los que ejercen jurisdicción;

4. Que, en el caso de autos, se impugna la aplicación que ha recibido la disposición contenida en el artículo 248, letra c), del Código Procesal Penal, que faculta al fiscal de la causa para "[c]omunicar la decisión del ministerio público de no perseverar en el procedimiento, por no haberse reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar una acusación".

Dicha norma, ha sido impugnada en su aplicación judicial por transgredir el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a la acción penal, el principio de esencialidad de los derechos y la obligación básica de investigar por parte del Ministerio Público;

- 5. Que la decisión del Ministerio Público de no perseverar en el procedimiento, a diferencia de lo que ocurre con la facultad que tiene para solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal, no está sujeta a la aprobación del juez de garantía como lo dispone el artículo 248, letra a), en relación con los artículos 250 y 252, del Código Procesal Penal;
- 6. Que existe, por consiguiente, una diferencia sustancial cara a la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos y al derecho constitucional a la acción del ofendidoquerellante particular, en caso que el fiscal solicite el sobreseimiento y en caso que comunique la decisión de no perseverar en el procedimiento, pues, en la primera de estas situacio-

nes no depende de su sola voluntad el término de la investigación, lo que sí ocurre en la última de ellas, en la cual no es un órgano dotado de jurisdicción –el juez de garantía– quien lo decide sino un órgano administrativo;

- 7. Que, no obstante la falta de control judicial de la comunicación del fiscal de no perseverar en la investigación, el querellante puede solicitar al juez de garantía que le autorice a formular la acusación y sostenerla en los mismos términos que pudiere hacerlo el Ministerio Público (artículo 258, incisos tercero y cuarto, del Código Procesal Penal);
- 8. Que, sin embargo, no debe olvidarse que conforme al artículo 259 del Código Procesal Penal que regula el contenido de la acusación, ésta "sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica" (inciso final);
- 9. Que, en el caso de autos, estamos precisamente frente a una investigación no formalizada, por lo cual la decisión del fiscal de no perseverar en el procedimiento, misma que no requiere de aprobación judicial como se ha indicado, trae como consecuencia la imposibilidad para el querellante de ejercer de modo útil la acción penal y obtener la tutela efectiva de sus derechos, pues, aunque el juez de garantía le autorizara a formular la acusación, ésta no podrá cumplir con todas las exigencias del artículo 259 del Código Procesal Penal;

10. Que, como puede apreciarse, son las circunstancias peculiares de la gestión en que incide el requerimiento de inaplicabilidad las que determinan la aplicación contraria a la Constitución del artículo 248, letra c), del Código Procesal Penal –y no un examen abstracto de su constitucionalidad–, y es por ello que el Tribunal, al ejercitar el control concreto de constitucionalidad que le encomienda el artículo 93 N°6 de la Carta Fundamental, debe a juicio de los disidentes declarar la inaplicabilidad del precepto legal impugnado.

Redactó la sentencia el Ministro señor Carlos Carmona Santander, las prevenciones sus respectivos autores y la disidencia el Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto.

Notifíquese, regístrese y archívese.

ROL N°1.341-09-INA.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y por sus Ministros señores José Luis Cea Egaña, Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes y Carlos Carmona Santander.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

UNIDAD ESPECIALIZADA ANTICORRUPCIÓN

COMENTARIOS AL MODELO DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS ESTABLECIDO POR LA LEY N°20.393 EN RELACIÓN A LOS DELITOS DE COHECHO

Hernán Fernández Aracena¹⁻²

Con la dictación de la Ley N°20.393³, que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁴ en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y cohecho que indica, Chile ha realizado un cambio trascendente en su ordenamiento jurídico, al establecer un modelo sancionatorio de las personas jurídicas de carácter penal, a diferencia del actual régimen administrativo vigente en áreas relevantes de nuestra legislación económica como son las que regulan la libre competencia, el mercado de valores o el negocio financiero.

Este modelo de atribución de responsabilidad, viene a dejar atrás al viejo y arraigado aforismo jurídico "societas delinquere non potest", motivado por la fuerte influencia que en nuestro país está ejerciendo el derecho internacional, debido a diversos compromisos asumidos por Chile en los cuales se contempla el establecimiento de un régimen de responsabilidad de las personas jurídicas.

Entre tales compromisos se destaca la Convención para combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)⁵ vinculado a la definición del Estado de Chile de ser aceptado como miembro pleno de esa organización, lo que claramente determinó la urgencia y oportunidad con que se tramitó esta ley en el Congreso Nacional.

En el presente documento me referiré brevemente a los presupuestos de imputación que establece el modelo chileno para hacer efectiva la responsabilidad penal de una persona jurídica, así como a las definiciones básicas que debe contener todo modelo preventivo de las empresas, terminando con un análisis

¹ Subdirector de la Unidad Especializada Anticorrupción, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

² El autor participó, en representación del Ministerio Público, en el segundo trámite constitucional de la Ley N°20.393, ante la Comisión de Constitución, Legislación Justicia y Reglamento del H. Senado.

³ Las referencias a la Ley 20.393 en adelante se harán a "la ley" o a "esta ley".

⁴ Para no ser reiterativos con la referencia a las "personas jurídicas", usaremos laxamente y como sinónimos las palabras "entidad", "empresa" y "persona moral".

⁵ Similares compromisos se encuentran en la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, y el Convenio internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo.

respecto a la autonomía limitada que nuestro sistema consideró entre la responsabilidad de la persona natural versus la persona jurídica.

Centraré mis comentarios desde la perspectiva de los delitos de cohecho nacional y extranjero, atendida mi cercanía con esos delitos dada la competencia de la Unidad Especializada en la que trabajo.

I.- Delitos base

Los poderes colegisladores optaron por un modelo restringido de responsabilidad, aplicable sólo a la comisión de determinados tipos penales y que son los señalados en el artículo 1º de la Ley 20.393:

- El lavado de activos, tipificado en el art. 27 de la Ley 19.913⁶. La norma no abarca ni al delito de asociación ilícita para el lavado de activos contemplado en el artículo 28 de la citada ley, ni a sus delitos base, salvo los que la propia Ley N°20.393 contempla dentro del ámbito de su aplicación.
- El financiamiento del terrorismo tipificado en el artículo 8º de la Ley N°18.314⁷.
- El artículo 27 de la Ley 19.913 dispone: "Será castigado con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de doscientas a mil unidades tributarias mensuales: a) El que de cualquier forma oculte o disimule el origen ilícito de determinados bienes, a sabiendas de que provienen, directa o indirectamente, de la perpetración de hechos constitutivos de alguno de los delitos contemplados en la ley N°19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; en la ley N°18.314, que determina las conductas terroristas y fija su penalidad; en el artículo 10 de la ley N°17.798, sobre control de armas; en el Título XI de la ley N°18.045, sobre mercado de valores; en el Título XVII del decreto con fuerza de ley N°3, de 1997, del Ministerio de Hacienda, Ley General de Bancos; en los Párrafos 4, 5, 6, 9 y 9 bis del Título V del Libro II del Código Penal y, en los artículos 141, 142, 366 quáter, 367 y 367 bis del Código Penal; o bien, a sabiendas de dicho origen, oculte o disimule estos bienes. b) El que adquiera, posea, tenga o use los referidos bienes, con ánimo de lucro, cuando al momento de recibirlos ha conocido su origen ilícito. Se aplicará la misma pena a las conductas descritas en este artículo si los bienes provienen de un hecho realizado en el extranjero, que sea punible en su lugar de comisión y en Chile constituya alguno de los delitos señalados en la letra a) precedente. Para los efectos de este artículo, se entiende por bienes los objetos de cualquier clase apreciables en dinero, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, como asimismo los documentos o instrumentos legales que acreditan la propiedad u otros derechos sobre los mismos. Si el autor de alguna de las conductas descritas en la letra a) no ha conocido el origen de los bienes por negligencia inexcusable, la pena señalada en el inciso primero será rebajada en dos grados. La circunstancia de que el origen de los bienes aludidos sea un hecho típico y antijurídico de los señalados en la letra a) del inciso primero no requerirá sentencia condenatoria previa, y podrá establecerse en el mismo proceso que se substancie para juzgar el delito tipificado en este artículo. Si el que participó como autor o cómplice del hecho que originó tales bienes incurre, además, en la figura penal contemplada en este artículo, será también sancionado conforme a ésta.
- 7 El artículo 8º de la Ley 18.314 dispone: "El que por cualquier medio, directa o indirectamente, solicite, recaude o provea fondos con la finalidad de que se utilicen en la comisión

- El cohecho activo a funcionarios públicos nacionales tipificado en el artículo 250 del Código Penal⁸.
- El cohecho (activo) a funcionario público extranjero tipificado en el artículo 251 bis del Código Penal⁹.

A estos ilícitos los llamaremos en adelante "delitos base", en la medida que son aquellos que pueden originar la responsabilidad penal de una entidad.

Surge una primera inquietud interpretativa: ¿cuál es el grado de acreditación del delito base necesaria para imputar responsabilidad a una entidad?

Del tenor literal de la ley se puede apreciar que no es un requisito para establecer la responsabilidad penal de la persona jurídica, que la persona natural que cometió el delito base se encuentre condenada por éste. Asimismo se constata que tampoco la ley exigió un estándar determinado del grado de avance de la investigación respecto de la persona natural.

de cualquiera de los delitos terroristas señalados en el artículo 2º, será castigado con la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio, a menos que en virtud de la provisión de fondos le quepa responsabilidad en un delito determinado, caso en el cual se le sancionará por este último título, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 294 bis del Código Penal".

- 8 El artículo 250 del Código Penal señala: "El que ofreciere o consintiere en dar a un empleado público un beneficio económico, en provecho de éste o de un tercero, para que realice las acciones o incurra en las omisiones señaladas en los artículos 248, 248 bis y 249, o por haberla realizado o haber incurrido en ellas, será castigado con las mismas penas de multa e inhabilitación establecidas en dichas disposiciones.
 - Tratándose del beneficio consentido u ofrecido en relación con las acciones u omisiones señaladas en el artículo 248 bis, el sobornante será sancionado, además, con pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio, en el caso del beneficio ofrecido, o de reclusión menor en su grado mínimo, en el caso del beneficio consentido.
 - Tratándose del beneficio consentido u ofrecido en relación con los crímenes o simples delitos señalados en el artículo 249, el sobornante será sancionado, además, con pena de reclusión menor en su grado medio, en el caso del beneficio ofrecido, o de reclusión menor en sus grados mínimo a medio, en el caso del beneficio consentido. En estos casos, el sobornante no podrá ser sancionado, adicionalmente, por la responsabilidad que le hubiere cabido en el crimen o simple delito cometido por el funcionario".
- 9 El artículo 251 bis del Código Penal señala: "El que ofreciere, prometiere o diere a un funcionario público extranjero, un beneficio económico o de otra naturaleza, en provecho de éste o de un tercero, para que realice una acción o incurra en una omisión con miras a la obtención o mantención, para sí u otro, de cualquier negocio o ventaja indebidos en el ámbito de cualesquiera transacciones internacionales, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado medio a máximo y, además, con las de multa e inhabilitación establecidas en el inciso primero del artículo 248 bis. Si el beneficio fuere de naturaleza distinta a la económica, la multa será de cien a mil unidades tributarias mensuales. De igual forma será castigado el que ofreciere, prometiere o diere el aludido beneficio a un funcionario público extranjero por haber realizado o haber incurrido en las acciones u omisiones señaladas.

El que, en iguales situaciones a las descritas en el inciso anterior, consintiere en dar el referido beneficio, será sancionado con pena de reclusión menor en su grado mínimo a medio, además de las mismas penas de multa e inhabilitación señaladas".

Lo anterior se puede apreciar no sólo al analizar lo dispuesto en el artículo 20 de la ley, que alude al inicio de la investigación por parte de los fiscales sin imponer más requisitos que la existencia de una investigación por el delito base, sino también al observar el artículo 5°, que establece los casos de responsabilidad penal autónoma de la persona jurídica, norma que parece partir de la base de un juicio oral conjunto para persona natural y jurídica.

Además, debe considerarse lo dispuesto en el artículo 26 de la ley, que alude a los procedimientos aplicables, siempre haciendo referencia a que tanto la persona natural como la persona jurídica pueden ser acusadas o requeridas en un mismo procedimiento, debiendo seguir siempre la regla que se adopte para la persona natural, de modo que en esos casos, claramente no existía una sentencia definitiva condenatoria en contra de la persona natural, previa al establecimiento de la responsabilidad de la empresa.

II.- Modelo de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas

En la experiencia comparada hay a lo menos tres modelos de imputación vigentes para poder atribuir responsabilidad penal a una persona jurídica¹⁰:

- i) El llamado modelo Vicarial, que se caracteriza porque la responsabilidad penal de la empresa no es independiente, sino que se le imputa por hechos atribuibles a sus representantes.
- ii) Un modelo autónomo de responsabilidad o de culpabilidad de la empresa, en el que existen requisitos subjetivos propios para la imputación a la entidad, independiente de la responsabilidad de la persona natural, bastando la constatación de la objetividad de la infracción, lo que le acerca a la responsabilidad objetiva.
- iii) Un modelo mixto, que limita la responsabilidad vicarial, estableciendo requisitos de imputación para la persona jurídica, adicionales a la comisión de un delito por uno de sus representantes, lo que permite sancionar a la empresa independiente de que no exista una persona natural imputada, y por otra parte, le permite a la empresa no verse expuesta a sanciones si demuestra contar con una organización interna idónea para la prevención de determinados delitos.

El Poder Ejecutivo tuvo a la vista diversos ordenamientos jurídicos comparados a los efectos de fundamentar teóricamente el sistema chileno, siendo

Seguimos en esta clasificación, la exposición de los profesores Fernando Londoño y Jean Pierre Matus, el primero ante la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la H. Cámara de Diputados, y el segundo ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del H. Senado. Ambas exposiciones constan en la Historia de la Ley N°20.393, pp. 37 y ss., y 195 y ss., respectivamente.

claramente influenciado por el sistema italiano, y por tanto, y tal como se analiza más adelante, dada que la autonomía establecida en la ley es limitada, el sistema adoptado por Chile ha sido el de modelo mixto, permitiendo que la atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas opere en base a la acreditación de distintos presupuestos de imputación copulativos.

Como en cualquier delito, la carga de la prueba la tendrá el Ministerio Público, quien deberá acreditar cada uno de los presupuestos de imputación a los efectos de imputar responsabilidad penal a una entidad.

Atendida la novedad de esta materia, el legislador ha sido especialmente cuidadoso al establecer los presupuestos y los estándares que deberán cumplirse para hacer procedente la responsabilidad de las empresas.

Los presupuestos aludidos son los siguientes:

a) La persona jurídica será responsable de los delitos base que fueren cometidos por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión.

Asimismo será responsable de los delitos cometidos por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados anteriormente.

Como se puede apreciar, no se trata de cualquier empleado de la persona jurídica quien puede originar su responsabilidad penal, sino que debe tratarse de los más altos ejecutivos de una entidad o de sus dueños, o de quienes actúen por su cuenta, bajo su **directa** supervisión o dirección.

Esta relación jerárquica deberá ser acreditada en la investigación penal, siendo relevante a este efecto, no sólo los contratos u actos jurídicos que liguen a una empresa con el "empleado", sino que también, verificar en "el hecho" cuales eran las atribuciones del ejecutivo, el ámbito de su actuar, el grado de supervisión existente, y que permitan sostener la estrecha relación del sujeto investigado con la cúpula de la persona jurídica.

En definitiva, se trata de probar la existencia de un vínculo cierto entre la empresa y el funcionario de modo de atribuirle responsabilidad a la persona jurídica a partir del hecho ilícito cometido por la persona natural, que conoció o debió conocer la primera.

Concretamente, las calidades requeridas por la ley de los propietarios o ejecutivos de una empresa, para dar origen a la responsabilidad de la entidad son:

• **Dueños:** El sentido común y el diccionario de la RAE definen a dueño como el "*Hombre que tiene dominio o señorío sobre alguien o algo*". En el Derecho Civil, el dueño o propietario es el titular del derecho real de dominio que recae sobre una cosa corporal y que le permite usar, gozar

y disponer de ella arbitrariamente, teniendo como límites la ley o el derecho ajeno.

- Controladores: En el artículo 97 de la Ley de Mercado de Valores se define a controlador de una sociedad a toda persona o grupo de personas, con acuerdo de actuación conjunta, que directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas, participa en su propiedad y tiene poder para realizar las principales actuaciones en la entidad, como tener la mayoría de votos en la junta de accionista y elegir a la mayoría de los directores (en el caso de una sociedad anónima) o influir decisivamente en la administración de la sociedad¹¹.
- Responsables: En su tercera acepción en el diccionario de la RAE, el responsable es la "Persona que tiene a su cargo la dirección y vigilancia del trabajo en fábricas, establecimientos, oficinas, inmuebles, etc.".
- **Ejecutivos principales:** Conforme al artículo 68 de la Ley de Mercado de Valores¹², son las personas naturales con capacidad para determinar los objetivos de los negocios o la política estratégica de la entidad, sin importar la vinculación laboral o contractual que tenga con la empresa.
- Representantes: También la tercera acepción en el diccionario de la RAE se refiere a que representante es la "Persona que promueve y concierta la venta de los productos de una casa comercial, debidamente autorizada por esta".

Dado que esta ley es aplicable a las personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro, la palabra "representante" da cuenta de quienes administran una

¹¹ El artículo 97 de la Ley 18.045 sobre mercado de valores dispone: "Es controlador de una sociedad toda persona o grupo de personas con acuerdo de actuación conjunta que, directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas, participa en su propiedad y tiene poder para realizar alguna de las siguientes actuaciones:

a) Asegurar la mayoría de votos en las juntas de accionistas y elegir a la mayoría de los directores tratándose de sociedades anónimas, o asegurar la mayoría de votos en las asambleas o reuniones de sus miembros y designar al administrador o representante legal o a la mayoría de ellos, en otro tipo de sociedades, o

b) Influir decisivamente en la administración de la sociedad.

Cuando un grupo de personas tiene acuerdo de actuación conjunta para ejercer alguno de los poderes señalados en las letras anteriores, cada una de ellas se denominará miembro del controlador

En las sociedades en comandita por acciones se entenderá que es controlador el socio gestor".

¹² El artículo 68 de la Ley 18.045 sobre mercado de valores dispone que: "Se entenderá por ejecutivo principal a cualquier persona natural que tenga la capacidad de determinar los objetivos, planificar, dirigir o controlar la conducción superior de los negocios o la política estratégica de la entidad, ya sea por sí solo o junto con otros. En el desempeño de las actividades precedentemente señaladas no se atenderá a la calidad, forma o modalidad laboral o contractual bajo la cual el ejecutivo principal esté relacionado a la entidad, ni al título o denominación de su cargo o trabajo, independientemente de la denominación que se les otorgue".

corporación o fundación, de acuerdo a lo que disponen los artículos 551, 552 y 563 del Código Civil¹³.

- Quienes realicen actividades de **administración y supervisión** en la persona jurídica. Las personas que pueden efectuar este tipo de actividades son, entre otros, los gerentes, administradores, directores, u otra nomenclatura que varía según el tipo de sociedad y organización interna que una empresa se dé.
- **Personas naturales** que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados anteriormente.

En este último caso habrá que acreditar la relación de dependencia o supervisión directa que deben ejercer alguno de los dueños o ejecutivos principales sobre estas personas que actúan bajo su supervisión.

b) Los delitos base deben ser cometidos directa e inmediatamente en el interés de la persona jurídica o para su provecho.

En cambio, las personas jurídicas no serán responsables en los casos que las personas naturales antes indicadas, hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero.

En otras palabras, el delito base cometido por la persona natural debe ceder, directa e inmediatamente, en interés o en provecho de la entidad.

El diccionario de la RAE¹⁴ define interés en su primera acepción como "Provecho, utilidad, ganancia", y provecho como "Beneficio o utilidad que se consigue o se origina de algo o por algún medio".

Parece claro, entonces, que un cohecho cometido en el contexto de una licitación de compras de bienes o servicios de un organismo público, nacional o internacional, redundará en el interés o provecho de una empresa, dado que esa actuación del particular, que evidentemente afecta la imparcialidad que debe tener el funcionario de un organismo público al resolver el ganador de una licitación, le permite a la persona jurídica asegurarse ilegítimamente la adjudicación de un negocio. De modo que la empresa se ha beneficiado, ha sacado

¹³ Los artículos 551, 552 y 563 del Código Civil disponen:

[&]quot;Art. 551. Las corporaciones son representadas por las personas a quienes la ley o las ordenanzas respectivas, o a falta de una y otras, un acuerdo de la corporación ha conferido este carácter. Art. 552. Los actos del representante de la corporación, en cuanto no excedan de los límites del ministerio que se le ha confiado, son actos de la corporación; en cuanto excedan de estos límites, sólo obligan personalmente al representante.

Art. 563. Lo que en los artículos 549 hasta 561 se dispone acerca de las corporaciones y de los miembros que las componen, se aplicará a las fundaciones de beneficencia y a los individuos que las administran".

¹⁴ Diccionario de la Real Academia de la Lengua, vigésima segunda edición, versión online www.rae.es

un provecho o ha obtenido un interés de un contrato con el Estado adjudicado de manera ilícita.

Suscribimos la tesis de interés en sentido amplio, entendiendo que aquél no debe limitarse a un ámbito exclusivamente pecuniario, sino que también a aquellas ventajas obtenidas en imagen, status, influencia, etc. que reporte un beneficio o provecho futuro para la empresa que cohecha.

En el caso del delito de cohecho, una actuación en ventaja propia o en beneficio de terceros de parte de uno de los ejecutivos de la empresa investigada por su responsabilidad de acuerdo con la Ley 20.393, resulta imaginable en la práctica como actuaciones realizadas por este ejecutivo en perjuicio de la persona jurídica para la cual trabaja, pagando por ejemplo un soborno para que otra empresa se gane una licitación pública.

De allí, que parece un caso excepcional un delito de cohecho cometido por la persona natural que no ceda en beneficio directo e inmediato de la entidad para la cual trabaja, lo que pueda representar un estándar menos complejo de acreditar en la investigación.

Distinta puede ser la situación en los delitos de lavado de activos o de financiamiento del terrorismo, en cuyos casos sí puede resultar más frecuente el tener que allegar mayores antecedentes en la investigación para acreditar el interés, provecho o beneficio directo e inmediato de la empresa, en el delito cometido por uno de sus ejecutivos principales.

c) La comisión del delito base debe ser consecuencia del incumplimiento, por parte de la persona jurídica de sus deberes de dirección y supervisión.

Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, de conformidad con las normas que la ley establece en su artículo 4°.

De este presupuesto se sigue el postulado que la responsabilidad de la empresa no deriva directamente del delito cometido por uno de sus ejecutivos o representantes, sino que es consecuencia de que la propia entidad no ha cumplido o ha cumplido imperfectamente con sus deberes de dirección y supervisión a las actuaciones de sus responsables principales y, precisamente, por este defecto de su organización ha sido posible que uno de sus dueños o ejecutivos haya podido cometer uno de los delitos de que trata el artículo 1° de la Ley.

Sin embargo, tampoco se trata de una responsabilidad autónoma ilimitada, de todos modos es necesaria cierta conexión con la persona natural, más allá de que el delito tiene que haber cedido en interés o provecho de la entidad, en la mayoría de los casos será necesario acreditar la responsabilidad de la persona

natural en el delito, para poder imputar a la entidad, siendo excepcionales los casos de autonomía que contempla el artículo 5° de la ley.

Ahora bien, ¿cuál es el alcance de la redacción del inciso 3° del artículo 3° de la ley en comento? Como hemos indicado, uno de los presupuestos de responsabilidad de la empresa es el que se haya podido cometer uno de los delitos base de la ley en análisis, precisamente, como consecuencia del incumplimiento por parte de la persona jurídica de sus deberes de dirección y supervisión.

El inciso 3° aludido establece una presunción simplemente legal al indicar que se "considerará" que esos deberes "se han cumplido" si con anterioridad a la comisión del delito la entidad adoptó e implementó un modelo de "organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido" de conformidad a lo establecido en el artículo 4° de esta ley.

De tal modo que, si efectivamente una empresa adoptó e implementó un modelo de prevención de delitos, debe operar dicha presunción en el sentido que la persona jurídica ha cumplido con sus deberes de dirección y supervisión, y por tanto, pese a cometerse por uno de sus ejecutivos uno de los delitos base previstos en la ley, no se podrá perseguir la responsabilidad de la persona jurídica por faltar uno de los presupuestos para su imputación.

Lo anterior destaca la conveniencia que puede representar para una empresa establecer un modelo de prevención de acuerdo con las disposiciones de la ley, y demuestra que uno de los aspectos más importantes de esta nueva normativa es la prevención de la comisión de los ilícitos que sirven de base a la responsabilidad de las empresas. En otras palabras es un incentivo para que éstas asuman el "patrón de conducta" propuesto por la ley.

En todo caso, para que opere esta presunción, el modelo de prevención de delitos debió ser adoptado e implementado en la empresa con anterioridad a la fecha de comisión del delito, si ocurre con posterioridad podría configurar una atenuante (artículo 6 N°3). Asimismo, la implementación del modelo podría ser una de las condiciones a establecer en una suspensión condicional del procedimiento.

Finalmente, por tratarse de una presunción simplemente legal, puede ser vencida con prueba en contrario, teniendo presente que la "adopción" e "implementación" del modelo de prevención de delitos, no puede ser de naturaleza meramente formal, sino que debe ser una forma de trabajo internalizada y vigente en una persona jurídica. No bastará con la existencia de un reglamento o de un código de buenas prácticas, en las cuales se prohíba incurrir a los empleados de una entidad en actividades de cohecho, lavado de activos o financiamiento del terrorismo. Se requerirá acreditar la existencia de actividades que develen la efectiva implementación de un modelo de prevención de delitos, prueba que como en cualquier delito, es de cargo del Ministerio Público.

En ese sentido, y ejemplos de actividades que podrían demostrar la plena efectividad del modelo, es el grado de conocimiento que tengan los ejecutivos y empleados de una empresa, respecto de los códigos de conducta vigentes, de la constatación de la participación en actividades de capacitación, de la verificación de reportes independientes de parte de los "encargados de prevención", o de la existencia de investigaciones internas o de sanciones aplicadas a trabajadores que hayan incurrido en conductas reprochables, todos aspectos que apreciados en su conjunto, permitan sostener que el modelo de prevención de delitos era una realidad en esa persona jurídica y no sólo se trataba de un "modelo de papel".

En relación al modelo de organización, administración y supervisión para prevenir delitos, éste se encuentra regulado en el artículo 4° de la ley, donde se establecen una serie de elementos básicos que se deben cumplir. En todo caso, la ley se preocupó de darle un carácter voluntario al modelo propuesto, con la finalidad de no encarecer injustificadamente los costos de las empresas, especialmente de aquellas de menor tamaño o ingresos.

Han surgido algunas opiniones que señalan que la correcta implementación de un "modelo de prevención", de acuerdo al standard exigido por el artículo 4° de la ley, constituiría en realidad una eximente de responsabilidad penal para la persona jurídica. Sin perjuicio de ello, insistimos que queda siempre abierta la posibilidad por parte del Ministerio Público de destruir esa presunción aportando pruebas en el sentido de que el modelo en realidad no operó de acuerdo a lo exigido, y por lo tanto, que no se trata de una eximente de responsabilidad.

III.- Elementos mínimos del modelo de prevención de delitos

Los elementos básicos que se contienen en el artículo 4° de la Ley 20.393 que deben encontrarse presentes en todo modelo de prevención de delitos de una empresa son los siguientes:

a) La designación de un encargado de prevención

Figura similar a la de los oficiales de cumplimiento existentes en las empresas o sujetos obligados, producto de las obligaciones que se derivan de la Ley de Lavado de Dinero (Ley 19.913).

El encargado de prevención tiene por misión fundamental establecer, en conjunto con la administración de la persona jurídica, el modelo de prevención de delitos al que se refiere la ley, así como preocuparse de su efectiva implementación y aplicación.

Estos encargados pueden durar hasta 3 años en su cargo, renovable por iguales períodos, quienes deben contar con la debida autonomía de la administración

de la empresa y de sus dueños o controladores, precisamente por el rol clave que deben cumplir en cuanto a la prevención de los delitos y eventualmente, en ser los encargados de representar conductas de riesgo y realizar las denuncias que correspondan en la sede penal competente.

Sin embargo, la ley no explicita de qué manera se debe garantizar la autonomía de estos encargados de prevención, ni tampoco se establecen sanciones por el incumplimiento, con la salvedad que de no existir, en la práctica, esta independencia del oficial de cumplimiento, y de poder ello acreditarse en juicio, sería uno de los indicios respecto a la inadecuada implementación del modelo y la falta de la empresa en cuanto al cumplimiento de sus deberes de dirección y supervisión.

Hay sí dos excepciones respecto a la independencia de funciones, la primera dice relación con que, eventualmente, el encargado de prevención puede cumplir, además, las funciones de contralor o auditor interno de la compañía, y en el caso de las personas jurídicas cuyos ingresos anuales no excedan de cien mil unidades de fomento, el dueño, el socio o el accionista controlador podrán asumir personalmente las tareas del encargado de prevención.

b) Definición de medios y facultades del encargado de prevención

La administración de la persona jurídica deberá proveer al encargado de prevención los medios y facultades suficientes para el desempeño de sus funciones, contemplando la ley algunos mínimos que deberá considerar y que son:

i) Los recursos y medios materiales necesarios para realizar adecuadamente sus labores, en consideración al tamaño y capacidad económica de la persona jurídica.

Esta exigencia lleva a revisar los recursos económicos y humanos con los que cuenta el encargado de prevención de una entidad para cumplir sus funciones, siendo importante conocer el tamaño de su presupuesto, la factibilidad de viajar a las sucursales, cantidad de personal de apoyo, calidad del soporte computacional y de los programas informáticos, facilidad de acceso a las fuentes de información de la empresa, existencia de programas de auditoria preventiva, entre otros aspectos que pueden permitir apreciar si efectivamente el encargado de prevención contaba con los medios necesarios para cumplir su función, o si bien, se trataba de un cargo "decorativo" o de "papel" hecho para dar un cumplimiento meramente formal a la ley.

ii) Acceso directo a la administración de la persona jurídica para informarla oportunamente por un medio idóneo, de las medidas y planes implementados en el cumplimiento de su cometido y para rendir cuenta de su gestión y reportar a lo menos semestralmente.

La ley le establece una obligación al encargado de prevención y que es la de rendir cuenta de su gestión semestralmente ante la administración de la enti-

dad. Ahora bien, y aunque no lo dice expresamente, lo importante es que el encargado de prevención tenga "línea directa" con la administración de la persona jurídica a los efectos de reportarle oportunamente que un ejecutivo de la empresa está realizando actividades irregulares, ilícitas o que parecerían de carácter delictivo, a los efectos que la empresa adopte las medidas correctivas del caso.

c) Establecimiento de un sistema de prevención de los delitos

El encargado de prevención, en conjunto con la administración de la persona jurídica, deberá establecer un sistema de prevención de los delitos para la persona jurídica, preocupándose la Ley de establecer ciertos mínimos que debe cumplir dicho sistema, y que son:

 La identificación de las actividades o procesos de la entidad, sean habituales o esporádicos, en cuyo contexto se genere o incremente el riesgo de comisión de los delitos base.

En materia del delito de cohecho, entre estos procesos resultan evidentes aquellos vinculados con la prestación de servicios a organismos del Estado, o la participación en licitaciones de carácter nacional o internacional.

ii) El establecimiento de protocolos, reglas y procedimientos específicos que permitan a las personas que intervengan en las actividades o procesos indicados en el literal anterior, programar y ejecutar sus tareas o labores de una manera que prevenga la comisión de los mencionados delitos.

En la experiencia comparada, no son pocas las empresas que cuentan con "códigos de conducta" o los "compliance manuals" (manuales de cumplimiento) en los cuales se establecen los derechos y obligaciones de los trabajadores de la entidad, así como los procedimientos a seguir ante una determinada falta o incumplimiento de sus disposiciones.

En este tipo de documentos actualmente vigentes deberán ser adecuados a las disposiciones de esta ley, dado que el objetivo que se busca es la prevención de tres determinados delitos, de manera que para cumplir con dicho rol preventivo el reglamento, manual o código de conducta debe referirse expresamente a este tipo de actuaciones ilícitas, prohibiendo el cohecho a sus empleados y la utilización de la empresa en actividades de lavado de activos o de financiamiento del terrorismo.

Asimismo, debiera darse por parte de la persona jurídica una adecuada capacitación a sus empleados sobre los tres delitos base junto al código de conducta de manera de otorgarle seriedad y certeza al cumplimiento de este requisito por parte de la empresa.

 iii) La identificación de los procedimientos de administración y auditoría de los recursos financieros que permitan a la entidad prevenir su utilización en los delitos señalados. Como antes se señaló, no basta que el sistema de prevención de delitos contemple una serie de obligaciones y sanciones por su incumplimiento, deben existir también los controles adecuados correspondientes, entre otros, la implementación de procedimientos de auditoria de los recursos económicos que se encuentren a cargo de los ejecutivos principales de la entidad o de aquellas personas que pudieran obrar por cuenta de la empresa.

iv) La existencia de sanciones administrativas internas, así como de procedimientos de denuncia o persecución de responsabilidades pecuniarias en contra de las personas que incumplan el sistema de prevención de delitos.

Estas obligaciones, prohibiciones y sanciones internas deberán señalarse en los reglamentos, manuales o códigos de conducta que la persona jurídica dicte al efecto y deberán comunicarse a todos los trabajadores.

Además, dispone la ley que toda esta normativa interna deberá ser incorporada expresamente en los respectivos contratos de trabajo y de prestación de servicios de todos los trabajadores, empleados y prestadores de servicios de la persona jurídica, incluidos los máximos ejecutivos de la misma.

d) Supervisión y certificación del sistema de prevención de los delitos

La ley establece una obligación del encargado de prevención en conjunto con la administración de la persona jurídica, respecto a establecer métodos para la "aplicación efectiva" del modelo de prevención de los delitos, con el fin de detectar y corregir sus fallas, así como actualizarlo de acuerdo al cambio de circunstancias de la respectiva entidad.

Vinculado a ello, la ley permite a las entidades obtener una certificación de parte de empresas auditoras externas, clasificadoras de riesgo y otras registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros, respecto a la "adopción e implementación" de su modelo de prevención de delitos.

Dicho certificado constatará si el modelo de prevención de una determinada empresa contempla o no los requisitos establecidos en los numerales 1), 2) y 3) del artículo 4° de la Ley en relación a la situación, tamaño, giro, nivel de ingresos y complejidad de la persona jurídica. En otras palabras, no existirá un certificado estándar, sino que será adecuado a la realidad de cada entidad.

Esta posibilidad que da la ley a una empresa para certificar su modelo de prevención de delitos, está íntimamente ligada con la presunción simplemente legal del artículo 3° inciso 3°, pues evidentemente, la entidad sostendrá que por el hecho de tener una certificación vigente ha cumplido su deber de adoptar un sistema preventivo y que el mismo se encuentra operativo, tal como lo demuestra el análisis que ha realizado una empresa externa.

Este escenario, genera uno de los mayores desafíos para el órgano de persecución penal, pues se vislumbra que el estándar de convicción que deberá

superarse parece superior al común y corriente, o en otras palabras, será más dificultoso poder sostener que la empresa ha incumplido su deber de dirección y supervisión, si cuenta efectivamente con un modelo de prevención de delitos, con un encargado de prevención, con procedimientos internos, cumpliendo todos los requisitos exigidos en el artículo 4°, y si a todo ello se suma, que existe una certificación de una empresa independiente.

Sin embargo, no exime de responsabilidad a la empresa el solo hecho de contar con esta certificación, pues la obligación principal del encargado de prevención, en conjunto con la administración de la entidad, es, como se dijo, velar por la aplicación efectiva del modelo, existiendo, entonces, la posibilidad que se trate de un modelo formal diseñado para aparentemente cumplir con la normativa, pero que en la realidad de la empresa no sea la verdadera política de negocios imperante.

Se refuerza este análisis, por cuanto en el último trámite parlamentario fueron eliminadas dos propuestas del Poder Ejecutivo que establecían, por una parte, que el certificado constituiría una "presunción legal de la existencia y pertinencia del modelo de prevención de los delitos" y, por otra parte, que era posible auditar el funcionamiento del sistema, dándole al informe de auditoría que señalare un correcto funcionamiento del mismo el valor de constituir una "presunción legal del cumplimiento de los deberes de implementación y supervisión que exige esta ley".

Eliminadas esas presunciones, quedará a criterio del Tribunal, y conforme a los antecedentes que el Ministerio Público aporte en el juicio respectivo, respecto a si el modelo de prevención era realmente aplicado, efectivo, y preventivo de la comisión de los delitos base, girando la discusión sobre uno de los presupuestos de la imputación penal, cual es que el delito cometido se haya podido producir por el incumplimiento de parte de la empresa de sus deberes de dirección y supervisión.

Para garantizar la seriedad con que las empresas auditoras y otras registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros cumplirán con el cometido de certificar a las empresas, la ley estableció que se entenderá que las personas naturales que participen en las actividades de certificación cumplen una función pública en los términos del artículo 260 del Código Penal, pudiendo entonces perseguirse su responsabilidad por alguno de los delitos funcionarios del Título V del Libro II del Código Penal, como por ejemplo, el cohecho.

IV.- Responsabilidad autónoma limitada

El artículo 5° de la ley establece aquellas situaciones excepcionales en las cuales, pese a que una investigación no logre establecer la responsabilidad de la persona natural, igualmente se podrá establecer la responsabilidad de la persona jurídica. No se trata, como se dijo, de una responsabilidad ilimitada de las personas jurídicas, sino que se trata de situaciones excepcionales que justifican una persecución autónoma a la empresa, siendo la base del sistema chileno el modelo mixto de imputación a una entidad.

Ello se refrenda cuando se analizan las normas procesales de la ley, que están concebidas en un contexto de persecución penal que comprende tanto a la persona natural como a la persona jurídica.

Se trata de los siguientes casos:

a) Si se extingue la responsabilidad penal de la persona natural, después de cometido el delito y antes del respectivo juicio, por su muerte (artículo 93 N°1 del Código Penal).

Evidentemente, es un reconocimiento a realidades de la experiencia comparada en que para evitar la responsabilidad de una entidad incluso se ha recurrido a todo tipo de maniobras, como por ejemplo, atentados en contra de la vida de autores materiales y testigos.

Esta norma es un desincentivo a tales estrategias, manteniendo la responsabilidad de la entidad, pese a la muerte del responsable individual.

b) Si se extingue la responsabilidad penal de la persona natural por la prescripción de la acción penal (artículo 93 N°6 del Código Penal).

Este es un intento por desvincular la suerte de la prescripción de la acción penal de la persona natural de la entidad, sin embargo, el artículo 19 de la ley dispone que la responsabilidad de las empresas se extingue por las mismas causales establecidas en el artículo 93 del Código Penal, salvo la muerte.

Respecto a la prescripción de la acción penal, la ley no señala el plazo aplicable ni desde cuando debe contarse este término.

Dado que conforme a las reglas generales, se aplican supletoriamente las reglas del Libro I del Código Penal, son aplicables sus artículos 94 y 95, disponiendo el primero los términos de la prescripción, y el segundo que ésta empieza a correr desde el día en que se hubiere cometido el delito.

Por lo anterior, estimamos que lo más probable que suceda en la práctica, es que el plazo de prescripción de la acción penal corra simultáneamente para la persona natural y para la persona jurídica, de modo que pese a esta declaración de principios, no subsistirá la responsabilidad autónoma de la entidad cuando haya prescrito la acción penal para perseguir al responsable individual, porque lo normal sería que en ese mismo momento también haya transcurrido el término de la prescripción para la entidad.

Teóricamente esta norma podría ser aplicable si durante el transcurso del tiempo para la prescripción se cometiere un nuevo delito por parte de un eje-

cutivo principal de la empresa, perdiendo el tiempo transcurrido conforme a lo que dispone el artículo 96 del Código Penal, en cuya situación, los plazos de prescripción podrían ser distintos entre persona natural y jurídica en la medida que el autor persona natural no sea el mismo que participó en el primer delito.

c) Si se decreta el sobreseimiento temporal por la fuga del responsable individual (artículo 252 N°2 del Código Procesal Penal).

Esta norma también se hace cargo de una posible estrategia de una entidad en cuanto a ocultar al responsable individual a efectos de eludir la responsabilidad de la empresa.

Esta norma mitiga los efectos perniciosos de esa conducta al permitir subsistir la responsabilidad de la persona jurídica, pese a que la persona natural no comparezca al procedimiento y haya sido declarada rebelde.

d) Si se decreta el sobreseimiento temporal por la enajenación mental en la que cayere después de cometido el delito el responsable individual (artículo 252 N°3 del Código Procesal Penal).

En estos casos, la investigación en contra de la persona natural no pudo prosperar, no por defectos o debilidades de los antecedentes probatorios del Ministerio Público, sino que por la muerte, fuga, prescripción o una situación de enfermedad que impide juzgar a la persona natural, lo cual no es óbice para perseguir la responsabilidad de la entidad, dado que igualmente el Ministerio Público deberá contar con los antecedentes que acrediten los demás presupuestos del modelo de atribución, quedando solamente sin sanción la persona natural, por razones ajenas a la persecución penal.

- e) Finalmente, el inciso final del artículo 5° en comento establece que podrá perseguirse la responsabilidad de la entidad, si se cumplen los siguientes supuestos copulativos:
 - Debe acreditarse la existencia de alguno de los delitos del artículo 1°.
 - Deben concurrir los demás requisitos previstos en el artículo 3° referidos a los presupuestos de imputación.
 - En la medida que no haya sido posible establecer la participación de él o los responsables individuales.
 - Siempre y cuando en el proceso respectivo se demostrare fehacientemente que el delito debió necesariamente ser cometido dentro del ámbito de funciones y atribuciones propias de las personas señaladas en el inciso primero del mencionado artículo 3°.

Aun cuando la redacción no es lo suficientemente clara, da la impresión que se pretende regular la situación que podría producirse en un juicio en que se imputara conjuntamente a una o varias personas naturales (todos altos ejecutivos de una empresa) y a la persona jurídica a la que pertenecían.

En ese contexto, este inciso permitiría condenar a la persona jurídica, en la medida que se diere por acreditado el hecho punible (uno de los delitos base) y dos de los presupuestos de imputación de la persona jurídica contemplados en el artículo 3°, (aquél referido a que el delito base sea cometido directa e inmediatamente en el interés de la persona jurídica o para su provecho, y aquél vinculado a que la comisión del delito base debe ser consecuencia del incumplimiento, en la persona jurídica, de sus deberes de dirección y supervisión).

Este artículo permite de alguna manera obviar el presupuesto de imputación que señala que la empresa es responsable de los delitos base que fueren cometidos por sus dueños, ejecutivos principales y otros nombrados en el inciso primero y segundo del artículo 3°, pues pese a que pudieran resultar absueltas estas personas naturales, por no haberse podido acreditar su participación en el delito, igualmente se podría condenar a la persona jurídica, siempre y cuando, se pueda acreditar en el juicio que el delito "debió necesariamente ser cometido dentro del ámbito de funciones y atribuciones propias" de los altos ejecutivos imputados.

Más allá de las evidentes dificultades probatorias, es una posibilidad que permite al Ministerio Público disminuir las riesgos de impunidad de la persona jurídica, en el contexto que no se pueda determinar claramente qué ejecutivo de la entidad tuvo participación punible en el delito base.

No debemos desconocer la gran complejidad que encierran las hipótesis de la responsabilidad autónoma de la persona jurídica, en especial la del artículo 5 inciso final, pues se deberá acreditar con absoluta certeza la existencia de algunos de los tres delitos base para poder atribuirle, a continuación, responsabilidad a la persona jurídica. Es decir, todos los elementos del delito, a saber, el hecho punible, la culpabilidad, el iter criminis, la autoría y participación, deben acreditarse en la investigación del Ministerio Público, pues ese será el medio para acreditar la existencia de alguno de los delitos, pues así lo exige el artículo 3° de la ley. Por último, no se trata de no probar el hecho ilícito cometido por la persona natural, sino la imposibilidad de aplicarle la responsabilidad que le corresponde por las causales señaladas, pues la comisión del ilícito base es la llave que permite atribuirle consecuencias a la persona jurídica que haya incumplido en sus obligaciones de supervisión.

V.- Comentarios finales

El modelo de imputación penal a las personas jurídicas que han sancionado los poderes colegisladores, tiene una orientación marcadamente dirigida a generar

incentivos de carácter preventivo en las empresas, en cuanto a disponer su organización en base a un modelo de organización que la ley se encarga de dar sus mínimos, y que se estima puede evitar la comisión de delitos al interior de las personas jurídicas.

Esa es la única manera de entender los estándares que la ley puso a la persecución penal a los efectos de acreditar la responsabilidad de una entidad, que dan cuenta de una prudencia y cautela del legislador al establecer el modelo de imputación. Además, se entienden estas precauciones en la medida que se trata de una de las más significativas modificaciones que se realizan a arraigadas y antiguas posiciones contempladas en nuestro ordenamiento jurídico.

Ello en caso alguno significa que no debamos estar atentos al funcionamiento de esta ley en la práctica, de las interpretaciones que vayan surgiendo en una investigación determinada, producto del debate dialéctico entre defensa y el Ministerio Público, debiendo estar atentos a la jurisprudencia que vaya surgiendo al "alero" de esta normativa, y atentos a evaluar alguna futura modificación legal.

Esta evaluación no sólo importa al Ministerio Público, también a la OCDE, dado los exigentes mecanismos de evaluación del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Convención para combatir el cohecho a funcionarios públicos extranjeros¹⁵. Ellos estarán observando el proceder de Chile en esta materia, especialmente atentos al funcionamiento de la nueva normativa y de la capacidad del Ministerio Público para enfrentar el desafío de imputar responsabilidad penal a una persona moral.

¹⁵ Ver Hernán Fernández Aracena, "Cumplimiento de Chile a las obligaciones de la Convención OCDE contra el soborno trasnacional", publicado en el Boletín N°3 de la Unidad Especializada en Delitos Funcionarios y Probidad Pública, junio 2006, p. 4.

SENTENCIAS ASOCIADAS A LA INVESTIGACIÓN Y JUICIO ORAL EN CONTRA DE LA ALCALDESA MARÍA AMELIA HERRERA SILVA: CASO "REVISTA"

Claudia Ortega Forner¹

1. Introducción

La investigación y juicio oral desarrollado en contra de la H. Diputada María Amelia Herrera Silva², en el denominado "Caso Revista"³, tuvo muchas aristas que significaron un desafío de innovación para el Ministerio Público en temáticas que no se habían dado anteriormente desde el inicio de la Reforma Procesal Penal.

El objeto de este artículo es poder hacer una síntesis de todas ellas, comentando los aspectos más relevantes de los fallos dictados tanto a nivel de la justicia ordinaria como de la constitucional, destacando aquellos considerandos de mayor interés jurisprudencial en cada uno de los temas que se enunciarán.

2. Antecedentes de la investigación

2.1 Hechos investigados

Entre los meses de enero y febrero del año 2004, doña María Amelia Herrera Silva, en circunstancias que se desempeñaba como Alcaldesa de la Ilustre Municipalidad de Quilpué, encomendó a Juan Ricardo de la Barrera Herrera, Jefe de Marketing del señalado municipio, que contactara a diversas empresas a fin que estas efectuaran un aporte en dinero para la confección de una revista relativa a su gestión como alcaldesa durante los años 1996 a 2004, indicándole que existían empresas deudoras de derechos municipales y que a éstas debía ofrecerles que sus deudas con la I. Municipalidad de Quilpué serían compensadas con el aporte en dinero que efectuasen para la confección de la referida revista, a sabiendas de que esto no era posible, por cuanto la legislación no autoriza a los municipios a compensar las deudas.

Esta tarea la aceptó Juan Ricardo de la Barrera, quien en su calidad de Jefe de Marketing de la Ilustre Municipalidad de Quilpué, durante el año 2004 le encargó a la empresa Estudio Digital Ltda., de la cual es socio en un 50%, la producción de la revista, lo que implicaba reunir los dineros de las diferentes

¹ Abogada de la Unidad Anticurrupción, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

² Se hace presente que en la actualidad doña María Amelia Herrera Silva ya no ejerce el cargo de Diputada de la República.

³ R.U.C. 05 00 07 37 60 – 9 / R.I.T. 148 - 2008, Fiscalía Local de Quilpué. Fiscal Juan Emilio Gatica.

empresas que efectuarían el aporte a la revista, así como su impresión. Para estos efectos, de la Barrera contactó a diversas empresas a las que le solicitó realizaran aportes en dinero para la mencionada revista, las que adeudaban a la I. Municipalidad de Quilpué derechos municipales por concepto de publicidad, ofreciéndoles compensar sus deudas con el municipio con el aporte en dinero que efectuasen para la realización de la mencionada revista.

La mayoría de las empresas contactadas aceptaron la oferta, pagando a Estudio Digital distintas sumas de dinero, las que finalmente les significaron un perjuicio por los mismos montos, toda que sus deudas nunca pudieron ser compensadas, debiendo pagarlas a la I. Municipalidad de Quilpué y evitar así la ejecución forzosa de la obligación.

El costo total de la mencionada revista fue de \$12.618.655.-, correspondientes a 17.000 ejemplares, los que finalmente fueron impresos por la empresa Estudio Digital.

Para la confección de la revista, además, fueron utilizados recursos humanos municipales, puesto que varios funcionarios debieron dedicarle tiempo a ello.

Finalmente, en noviembre de 2005, en circunstancias que se desarrollaba el período de propaganda electoral para las elecciones de Diputados, la Sra. María Amelia Herrera Silva utilizó en la comuna de Quilpué la mencionada revista como propaganda política de su candidatura a diputada por el distrito 12, beneficiándose así directamente del trabajo realizado por funcionarios municipales y de los recursos de los particulares engañados.

2.2 Imputados

Fueron imputados en la investigación la ex alcaldesa y actual Diputada, María Amelia Herrera Silva; el Jefe de Marketing de la Municipalidad de Quilpué, Ricardo de la Barrera y el funcionario César Molina, Director de Desarrollo Comunitario de la referida municipalidad. A todos se les atribuyó la calidad de autores directos.

2.3 Querellas

Presentaron querellas el Consejo de Defensa del Estado y un grupo de concejales de la municipalidad de Quilpué.

2.4 Calificación Jurídica

Los hechos relatados fueron calificados por el Ministerio Público como constitutivos del delito de estafa en contra de los particulares, quienes sufrieron finalmente el perjuicio.

En un principio se evaluó la figura de Fraude al Fisco, no obstante, atendido a que las deudas por derechos municipales fueron finalmente canceladas por los deudores a la Municipalidad, el erario municipal no sufrió perjuicio alguno.

Los concejales de Quilpué se adhirieron a la acusación del Ministerio Público, en tanto que el Consejo de Defensa del Estado optó por presentar una acusación particular por el delito de cohecho, figura que se analizará más adelante.

3. Formalización de la investigación y requerimiento constitucional

3.1 Formalización de la investigación

La investigación se inició en febrero del año 2005, y luego de obtener una gran variedad de antecedentes, el Fiscal optó por formalizar la investigación en contra de los tres imputados precedentemente señalados.

Para ello, se citó a la audiencia de rigor, a la que no compareció la diputada Herrera, siendo formalizados únicamente los imputados de la Barrera y Molina.

3.2 Requerimiento ante el Tribunal Constitucional

Paralelamente, la defensa de la H. Diputada formuló ante el Tribunal Constitucional, un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en contra del artículo 416, inciso segundo, del Código Procesal Penal, disposición que señala lo siguiente:

"Una vez cerrada la investigación, si el fiscal estimare que procediere formular acusación por crimen o simple delito en contra de una persona que tenga el fuero a que se refieren los incisos segundo a cuarto del artículo 58 de la Constitución Política, remitirá los antecedentes a la Corte de Apelaciones correspondiente, a fin de que, si hallare mérito, declare que ha lugar a formación de causa.

"Igual declaración (de desafuero) requerirá si, durante la investigación, el fiscal quisiere solicitar al juez de garantía la prisión preventiva del aforado u otra medida cautelar en su contra".

La acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad fue declarada admisible por el Tribunal Constitucional, suspendiéndose, por ende, el procedimiento respectivo y dándosele la tramitación correspondiente en el Pleno,

<u>Fundamentos de la defensa de María Amelia Herrera para el requerimiento de inconstitucionalidad:</u>

La alegación de la Diputada ante el referido tribunal, señalaba que a su juicio, el procedimiento que contempla el artículo 416 inciso segundo del Código Procesal Penal, que permite formalizar a un parlamentario sin previo desafuero, carecía de las características constitucionales para que tanto ese procedimiento como la investigación misma sean racionales y justos, de la forma en que lo consagra el artículo 19 N°3 de la Constitución.

De esta forma, el citado artículo 416, inciso segundo, infringiría el artículo 61 de la Constitución⁴ porque, en sentido amplio, permite acusar a un Diputado en ejercicio, sin previo desafuero, siendo, por tanto, inconstitucional.

Además, el artículo 5º de la carta Fundamental reconoce como límite a la soberanía el respeto a los derechos humanos, y en el caso *sub lite*, el artículo 416 impugnado permitía al tribunal de garantía citar a una audiencia para formalizar a una persona aforada y al Ministerio Público informar a dicha persona que la investiga formalmente como supuesta partícipe de un delito, violentando la garantía fundamental del fuero de un parlamentario y contraviniendo el principio de inocencia, que señalan los artículos 5º, 19 N°s. 3 y 7 y 83 de la referida Carta.

Lo anterior implicaría que en la forma en que se estaría aplicando la norma, da lugar a que se lleve a cabo una acusación genérica, cuyos fundamentos reales y serios para dejar interdicto en la práctica a un parlamentario no han sido objeto del escrutinio de mérito a que debe dedicarse un tribunal superior, de acuerdo al mecanismo previsto en el artículo 61 de la Constitución, para conocer los supuestos materiales de la participación y del hecho criminoso que se atribuye en la formalización. Es así como se presentaría una contradicción fundamental entre el artículo 416, inciso segundo, del Código con los artículos 61 y 5º de la Constitución, afectando la armonía lógica del sistema normativo, ya que somete a una persona aforada a un procedimiento a cuyo respecto no es justo ni razonable, vulnerándose de facto el principio de inocencia y dejando sin aplicar el artículo 61 de la Carta. En el procedimiento establecido por el artículo 416, inciso segundo, la prueba estaría absolutamente ausente y la defensa penal efectiva y técnica gravemente limitada al punto de no poder hacer uso de las garantías comprometidas ni formular alegaciones respecto del fondo del asunto.

Al permitir que se autorice la formación de causa con la formalización, se instituiría una verdadera acusación en sentido amplio, ya que la imputación penal y probanzas son sólo los antecedentes que expone el Fiscal, sin que un tribunal superior pueda revisar la gravedad y seriedad de ellas que fluyen de una disputa.

Así, se transformaría la formalización y la querella por sí sola en un acto jurídico procesal unilateral con graves consecuencias, que perturbaría en su esencia la independencia de los poderes públicos, toda vez que el fuero de que goza un parlamentario tiene por objeto que éste pueda ejercer la representación ciudadana sin alteraciones, y lo que se pretendería aquí es precisamente alterar el mandato ciudadano, así como las mayorías parlamentarias, afectando por

⁴ Art. 61 de la Carta Fundamental garantiza a todo parlamentario la imposibilidad de que desde el día de su juramento o elección pueda ser acusado o privado de su libertad, salvo delito flagrante, si el tribunal de alzada de la jurisdicción respectiva, en pleno, no autoriza previamente la acusación declarando haber lugar a la formación de causa.

tanto el principio de la separación de los poderes del Estado, lo que contraría el espíritu de la Constitución.

<u>Fundamentos del Ministerio Público para el rechazo del requerimiento:</u>

En primer término, el Ministerio Público expuso que los antecedentes con que contaba ameritaban la formalización de la investigación en contra de la H. Diputada, la que en ningún caso pretendía ser una "acusación genérica", como los sostenía el requirente.

Asimismo, manifestó que no había intenciones de solicitar medidas cautelares personales en contra de la parlamentaria, y por ende, en ningún caso se pretendía la alteración de la voluntad soberana que eligió a la parlamentaria en referencia y la modificación de las mayorías parlamentarias, por el interés particular del Ministerio Público.

En atención a lo anterior, no se daban los requisitos para solicitar el desafuero en forma previa a la formulación de una acusación o a la solicitud de medidas cautelares, como lo exige la Constitución.

Se hizo presente que la acepción técnica de acusación en el procedimiento penal vigente está conceptualizada legalmente y en forma clara en la doctrina, en tanto trámite o etapa que sucede al cierre de la investigación y es el presupuesto necesario para pasar a la preparación del juicio propiamente tal. Sería en esa etapa cuando recién se determinaría el objeto de los hechos a debatir y las pruebas a rendir, contenidos justamente en la acusación.

El concepto técnico de formalización es definido por el artículo 229 del Código como "la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados". No se trataba, por tanto, una imputación genérica como sostenía la requirente.

Este trámite no representa la iniciación del juicio penal, sino tan sólo la primera actuación judicial del Ministerio Público en el juicio ordinario, y sus efectos están previstos en el artículo 233 del mismo Código.

Lo anterior no representa vulneración alguna a las garantías constitucionales y sólo refleja el derecho-deber de investigar previamente los hechos que revisten caracteres de delito para su posterior enjuiciamiento, y sólo en el evento de establecerse mérito suficiente para formular la acusación, sería el momento en que se ejercería la acción pública para dar inicio al juicio penal, propiamente tal.

Así, la formalización no puede asimilarse a la acusación, ni da comienzo al juicio penal, ni inicia un debate que culmine en una sentencia que dirima la controversia jurídica.

Respecto a los principios y garantías constitucionales supuestamente vulneradas por la norma impugnada, se dijo que:

- **a.** En cuanto a la igualdad ante la ley, ésta no se ve afectada ya que el procedimiento de formalización es el mismo para todas las personas y para los parlamentarios.
- b. En lo relativo al debido proceso previo, se incurre en el error de entender que la formalización constituye el inicio del juicio penal. El procedimiento previo al juicio penal se encuentra resguardado por principios recogidos por el Código Procesal Penal. Por ello es que la formalización no es una amenaza de futura vulneración de garantías constitucionales ya que el procedimiento previo está regulado, y para la solicitud de prisión preventiva y medidas cautelares se exige expresa e imperativamente del previo desafuero, contemplado en el impugnado artículo 416.
- c. Respecto al principio de inocencia e indefensión, los artículos 4º, 8º y 93 del Código establecen los resguardos necesarios que impiden absolutamente su atropello. De esta forma, la mera comunicación que efectúa el Ministerio Público en la audiencia de formalización de encontrarse investigando determinado hecho por revestir caracteres de delito, no afecta en nada el principio de inocencia, porque si así fuera, nadie podría ser formalizado ya que este principio rige para todos y no sólo para los parlamentarios.

La norma impugnada se relaciona con el artículo 61 de la Carta, que exige el trámite de desafuero previo a la acusación, sin distinguir entre la naturaleza de las acciones penales.

Finalmente, señaló el Ministerio Público, que la suspensión de las funciones del parlamentario se produce desde que queda firme la sentencia del tribunal pleno que da lugar a la formación de causa, la que se dictará solamente después de cerrada la investigación.

Por su parte, el Consejo de Defensa del Estado expuso, como cuestión previa, que el recurso de inaplicabilidad tiene por objeto único velar por la constitucionalidad de fondo de los preceptos de la ley formal, es decir, debe limitarse a constatar si conceptualmente hay pugna en cualquier forma entre el precepto legal cuestionado de inconstitucionalidad y alguna norma de la Constitución. En consecuencia, de la acción intentada por la requirente se desprende inequívocamente que no se dirige a una supuesta pugna entre el artículo 416, inciso segundo, del Código Procesal Penal y los preceptos constitucionales mencionados, sino que a la interpretación del Fiscal del Ministerio Público respecto de que la norma impugnada se estaría aplicando erróneamente al intentar formalizar una investigación sin haber solicitado previamente el desafuero.

Por tanto, lo que plantea el recurso es una cuestión de interpretación de la ley formal que debió atacarse por otros medios, pero no por la acción de inaplicabilidad.

A juicio del señalado organismo, el artículo 416, inciso segundo, del Código Procesal Penal, es plenamente coincidente con lo preceptuado en el artículo 61 de la Constitución, ya que si el fiscal quisiere solicitar al juez de garantía la prisión preventiva u otra medida cautelar, remitirá las antecedentes a la Corte de Apelaciones a fin de que si ésta hallare mérito, declare que ha lugar a la formación de causa, coincidiendo en todas sus partes el texto legal con los términos de la norma constitucional.

Si se considerara que se está impugnando el inciso primero del artículo 416, igualmente no sólo no pugna con el artículo 61 de la Carta, sino que guarda completa armonía con éste, como lo hace el inciso segundo de la disposición impugnada.

Así, sólo para "acusar" y para solicitar la "prisión preventiva" u otra medida cautelar se requiere desafuero de un parlamentario. Por tanto, para formalizar la investigación, sin que se soliciten cautelares, no es necesario el previo desafuero.

Similares argumentos fueron invocados por el otro querellante.

El **Tribunal Constitucional, rechazó el requerimiento**, basado en las siguientes consideraciones:

"OCTAVO: Que el artículo 416, inciso segundo, del Código Procesal Penal, en caso de que se pretendiera aplicar al procedimiento con ocasión del cual se ha interpuesto la acción de inaplicabilidad, no produciría efecto alguno contrario a la Constitución. Esto, porque el mencionado precepto, lejos de producir una vulneración en los derechos, garantías o privilegios de los diputados o senadores, asegura el respeto del fuero de que gozan los parlamentarios. En efecto, ello se logra al exigir que el tribunal de alzada de la jurisdicción respectiva declare haber lugar a la formación de causa si, durante la investigación, el fiscal quisiere solicitar al juez de garantía la prisión preventiva del aforado u otra medida cautelar en su contra, el precepto en cuestión no limita, sino que realiza y completa el fuero establecido en la Carta Fundamental para el nuevo proceso penal;

NOVENO: Que lo razonado en el considerando anterior resulta evidente y suficiente para rechazar la acción impetrada si se tiene presente que, de accederse a ella y declarar inaplicable el precepto impugnado, el diputado o senador aforado, durante la investigación y antes de la acusación, podría ser objeto de medidas cautelares, incluyendo la privación de su libertad, sin que antes se le hubiere desaforado. De ello se sigue, de manera palmaria, que el inciso que se ha impugnado en este requerimiento no puede, en caso de aplicarse, resultar contrario a la Constitución. Lo que resultaría contradictorio a la Carta Fundamental sería que el diputado o senador pudiere ser objeto de las medidas allí señaladas, sin previo desafuero;

No obstante lo anterior, el **fallo no deja zanjado el tema en cuanto a si para formalizar a un parlamentario se requiere desafuero previo**, lo que aparece un poco inconsecuente con las consideraciones expuesta precedentemente.

En ese sentido señala:

"DÉCIMO: Que una cuestión diversa a la planteada y que no dice relación con los efectos que puede tener la aplicación del inciso segundo del artículo 416 del Código Procesal Penal, es la relativa a determinar si un diputado aforado puede ser objeto de formalización de la investigación, sin que previamente se decrete su desafuero. Esa es una cuestión debatible y compleja; pero no requiere ser resuelta en esta sentencia, pues cualquiera sea la respuesta que ella tenga, no incide en la aplicabilidad del precepto impugnado."

Sobre el punto se pronuncian expresamente los Ministros Hernán Vodanovic Schnake y Marcelo Venegas Palacios, quienes concurren a la parte resolutiva de la sentencia, pero no comparten el considerando décimo de ella, teniendo en su lugar presente los siguientes motivos fundamentando que el desafuero es requisito previo a la formalización de un parlamentario protegido por ese privilegio:

"10.- Que del tenor literal de las disposiciones legales y constitucionales citadas, la formalización implica el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, dirigida al juez competente, que en este caso es el juez de garantía. Su natural efecto es que, afectado por una medida cautelar, debe el imputado concurrir al tribunal en carácter de sospechoso de haber participado en un hecho punible, facultad que choca frontalmente con la disposición constitucional y legal que exige el desafuero previo para que un senador o diputado pueda ser objeto de tales medidas cautelares.

Por lo tanto, la formalización de un parlamentario requiere de un desafuero previo."

4. Desafuero y acusación

4.1 Desafuero

Luego de formalizada la investigación y habiendo reunido el fiscal los antecedentes necesarios para el cierre y posterior acusación, fue necesario solicitar el desafuero de la parlamentaria.

Como cuestión previa, es necesario señalar que los co-imputados de la diputada fueron formalizados en su oportunidad, y todo el tiempo en que el procedimiento se encontró suspendido respecto de ella, por la acción constitucional presentada, la investigación se encontraba activa para los otros dos imputados.

El artículo 422 del CPP dispone que si aparecieren implicados junto con los aforados, otros individuos que no gozaren de estos privilegios, se seguirá adelante el procedimiento en relación con ellos. Esta norma generaba una dificultad de carácter práctico, por cuanto si se presentaba acusación en contra de los imputados no sujetos a fuero, el procedimiento podía seguir adelante respecto de ellos sin considerar el pronunciamiento de la Corte, lo que implicaba tener

que realizar más de un juicio oral por los mismos hechos: uno para quienes no gozan de privilegio procesal y otro para quienes sí se ven amparados por ellos.

Si en cambio, el desafuero era rechazado, continuaría el procedimiento sólo en contra de los no aforados de acuerdo a las reglas generales.

Esta situación fue evaluada cuando se decidió optar por el cierre de la investigación y posterior acusación, no obstante, el problema seguía vigente.

En el caso en comento, los propios co-imputados solicitaron la suspensión del procedimiento, mientras se resolvía el desafuero, no obstante se trataba de una situación que sólo dependía de ellos, y no de la voluntad del Ministerio Público.

Para evitar esta dificultad en el futuro, se sugiere que en casos como éste, se opte por separar investigaciones, dejando por un carril a quienes se encuentren aforados y por el otro a quienes no. Luego, puede cerrarse la investigación primero respecto de quienes gocen de fuero y luego respecto de los demás, a efecto de que se pueda resolver el desafuero y luego, si es acogido, hacer coincidir los tiempos de acusación en los demás casos, solicitando al tribunal la unificación de acusaciones para la dictación de un solo auto de apertura, y evitar, entonces, una duplicidad de juicios orales por los mismos hechos.

Por otra parte, se presentó otra complejidad en el caso de la solicitud de desafuero al cierre de la investigación, atendido que la normativa legal tiene algunas imprecisiones. Es así como una vez cerrada la investigación, el plazo para presentar la acusación no se suspende por la tramitación del respectivo desafuero, procedimiento que, evidentemente, tendrá una duración mayor al término de 10 días en los cuales procede acusar. A su vez, no puede acusarse a una persona aforada, sin que previamente se haya resuelto el antejuicio correspondiente.

En ausencia de norma legal que resolviera el asunto, se optó por presentar el desafuero ante la respectiva Corte de Apelaciones y, paralelamente, interponer la acusación ante el Juez de Garantía, dentro del plazo de 10 días de cerrada la investigación solicitando, en un otrosí del escrito de acusación, la suspensión del procedimiento en relación al aforado imputado hasta que existiera el pronunciamiento de la I. Corte de Apelaciones de Valparaíso sobre si alzaba o no el privilegio procesal, de forma que si la resolución era favorable, se permitiera continuar con el procedimiento en contra de la persona aforada⁵.

En sentido favorable a esta interpretación se encuentra lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 420 del CPP, que regula los efectos de la resolución que da lugar al desafuero, en la medida que dispone que la continuación del procedimiento ante el Tribunal de Garantía comienza con la fijación por parte del Juez de la fecha para la realización de la audiencia de preparación del

⁵ El Fiscal Nacional instruyó en este sentido a los Fiscales, en el Oficio FN N°59 de 2009.

juicio oral, lo que evidentemente supone que con anterioridad fue presentada la respectiva acusación.

El 2 de mayo de 2008, la I. Corte de Apelaciones de Valparaíso se pronunció acogiendo el desafuero, toda vez que estimó que existían antecedentes suficientes para la formación de causa en contra de la parlamentaria, fundamentalmente a través de la argumentación proporcionada en los considerandos décimo y undécimo, que se transcriben a continuación:

"Décimo: Que, así, luego de efectuado un análisis de los antecedentes de que da cuenta la petición de desafuero, los que fueron pormenorizados durante la audiencia verificada ante el tribunal Pleno de esta Corte de Apelaciones y de aquellos que obran en la carpeta de investigación acompañada y que han sido reseñados precedentemente, esta Corte concluye que son suficientemente serios, para que el Ministerio Público requirente del desafuero, realice los actos que correspondan jurídicamente, respecto de quien, de no existir la declaración respectiva, no puede ser sujeto pasivo de un proceso judicial.

Undécimo: Que en relación a los descargos formulados por la defensa de la H. Diputada, tan sólo cabe consignar que ellos exceden el marco de esta institución procesal, toda vez que inciden en aspectos relativos a la eficiencia formal de la acción procesal, toda vez que inciden en aspectos relativos a la eficacia formal de la acción deducida por el Ministerio Público, en la falta de legitimación para actuar de algunas personas o instituciones, como asimismo en la ausencia de tipificación penal en estos hechos o bien en elementos subjetivos como es por ejemplo la existencia o no de culpabilidad en ellos por parte de su representada."

El fallo no fue adoptado por unanimidad, existiendo algunos votos disidentes, dentro de los cuales vale destacar aquel de los ministros Rafael Lobos Domínguez, Hugo Fuenzalida Cerpa, Patricio Martínez Sandoval, Luis Alvarado Thimeos y Mónica González Alcaide, quienes estuvieron por rechazar el desafuero, "por estimar que de los antecedentes remitidos a esta Corte de Apelaciones y las alegaciones formuladas por los intervinientes en la audiencia, no se desprende mérito suficiente para dar lugar a la formación de causa en contra de la Honorable Diputada María Amelia herrera Silva. Teniendo además presente que la aludida presentación se formuló después de haberse presentado acusación en contra de la Honorable Diputada señora herrera, apartándose de lo dispuesto en el Art. 416 del Código Procesal Penal".

En consecuencia, el Tribunal hace referencia a la situación de la oportunidad para presentar la acusación en estos casos, advertida previamente por el Ministerio Público, y que fuera previamente analizada en este artículo.

La defensa de la Diputada apeló ante la Excma. Corte Suprema, Tribunal que confirmó lo resuelto por la I. Corte de Apelaciones de Valparaíso.

4.2 Acusación

El Ministerio Público presentó acusación en contra de María Amelia Herrera, Juan Ricardo de la Barrera y César Molina, como coautores del delito de estafa reiterada, contemplado en el artículo 468 en relación con el artículo 467 N°1, del Código Penal. Los concejales querellantes, se adhirieron a esta postura.

El Consejo de Defensa del Estado presentó una acusación particular en contra de los tres imputados, por el delito de contemplado en el Art. 248 Bis, basándose en los acusados, en cuanto funcionarios públicos, solicitaron y recibieron el dinero de cinco empresas para ejecutar al menos cinco actos con infracción a los deberes de su cargo, ya que no contaban con facultades para compensar créditos municipales como les fue planteado a los particulares.

Por su parte, la Municipalidad de Quilpué dedujo acusación particular sólo en contra de Ricardo Juan de la Barrera Herrera por los mismos hechos señalados en la acusación fiscal, no obstante, los calificó como fraude al fisco contemplado en el Art. 239 del Código Penal.

5. Juicio oral y sentencia

5.1 Primer Juicio Oral y sentencia

Luego de sortear las dificultades de carácter procesal enunciadas precedentemente, y habiéndose acogido la solicitud de desafuero respecto de la parlamentaria María Amelia Herrera, se realizó el respectivo juicio oral, al final del cual el acusado César Molina fue absuelto por todas los cargos en su contra, en tanto que tanto Amelia Herrera como Juan de la Barrera fueron absueltos por el delito de estafa, no obstante, se les condenó por el delito de cohecho del Art. 248 bis.

El fallo del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar es bastante interesante, especialmente en cuanto a cómo construye la figura del cohecho desde el punto de vista fáctico, y también jurídico.

Al respecto, destacamos los siguientes considerandos:

<u>VIGÉSIMO SEGUNDO</u>: Que respecto de los elementos del tipo penal del delito de <u>Cohecho</u>, materia de la acusación, se ha podido establecer lo siguiente:

a) La calidad de funcionarios públicos de los acusados Herrera y de la Barrera se desprende de lo dispuesto en el artículo 260 del Código Penal, que señala que para los efectos del Título V del Libro II y del Párrafo IV del Título III, "se reputa empleado todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la Administración Central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean del nombramiento del Jefe de

la República ni reciban sueldos del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular".

Así la acusada María Amelia Herrera Silva –a la época de los hechos- tenía la calidad de Alcaldesa de la Ilustre Municipalidad de Quilpué, según consta de la copia de la Sentencia de Proclamación rectificada, de fecha 27 de noviembre del año 2000, mediante la cual el Tribunal Electoral de la V Región proclamó –en la comuna de Quilpué "Alcalde definitivamente electo a doña Amelia Herrera Silva" y también aparece del Decreto Alcaldicio N'8831 del mismo municipio, de fecha 6 de diciembre del año 2000, en virtud del cual la señalada persona asume el cargo de "Alcaldesa de Quilpué, por el período comprendido entre el 6 de diciembre del 2000 y el 6 de diciembre del 2004, ambas fechas inclusive."

A su turno, Ricardo Juan De la Barrera Herrera también era funcionario municipal y, por ende, funcionario público, según se desprende del ya citado Decreto Alcaldicio N6412, de la I. Municipalidad de Quilpué, de fecha 21 de octubre de 1994, en el que consta el nombramiento

- b) En tales circunstancias Ricardo Juan De la Barrera Herrera, en su calidad de funcionario municipal -Jefe de Marketing de la Municipalidad de Quilpué- con conocimiento de quien era su jefa directa, la alcaldesa María Amelia Herrera Silva, se contactó con terceros, empresarios o dependientes de ellos y les solicitó aportes de dinero, esto es, les solicitó un beneficio económico, ofreciéndoles a cambio que no se les cobrarían los derechos municipales que ellos adeudaban. Tal solicitud fue realizada con la finalidad de financiar una revista que la Alcaldesa de la referida municipalidad (la acusada Herrera Silva) pretendía publicar, a fin de dar cuenta de su gestión. La solicitud que Ricardo Juan de la Barrera Herrera formuló fue acogida por -a lo menos- cuatro empresas distintas (GEOSAL SA., Inmobiliaria Caleuche, ANEPCO SA., e Inmobiliaria Familar SA.) quienes le entregaron los aportes solicitados a cambio de facturas que emitió un tercero, la sociedad Estudio Digital Limitada, en la cual tenía participación Ricardo Juan De la Barrera Herrera.
- c) El aporte económico solicitado por Ricardo Juan De la Barrera Herrera fue en beneficio de él, en tanto la producción de la revista referida fue encomendada a Alejandro José Navarrete Celis, para que éste a través de la sociedad que mantenía con De la Barrera Herrera, realizara la publicación. No obstante ello, también tuvo lugar un beneficio a favor de un tercero, pues la revista efectivamente fue publicada y en ella se difundieron los logros y la labor municipal realizada por la Alcaldesa María Amelia Herrera Silva. Tal acusada recibió así publicidad en su favor, financiada con los referidos aportes económicos obtenidos por Ricardo Juan De la Barrera Herrera. De hecho, la revista publicada se denominó "Un Liderazgo Efectivo Amelia Herrera. Fuerza y Acción Municipal de Quilpué 1996-2004", según se lee en su portada. Tal revista fue distribuida después que ella cumplió su período como Alcaldesa y antes de realizarse la elección de Diputados en la que ella participó.

d) Debido a que la oferta hecha por De la Barrera Herrera implicaba el ofrecimiento de que se tendrían por compensados los derechos municipales que los aportantes debían pagar a la Municipalidad, se cumple la última exigencia del tipo penal, cual es que se solicitó dinero "para ejecutar...un acto con infracción a los deberes de su cargo". Ello pues Ricardo Juan De la Barrera Herrera no estaba facultado para liberar de los pagos a los terceros a los que contactó y hacerlo infringiría sus deberes funcionarios.

... A su turno, en el caso de la acusada María Amelia Herrera Silva, se ha dado por acreditado que siendo ella la Alcaldesa de la I. Municipalidad de Quilpué, esto es, en el ejercicio de su calidad de funcionario público, le encargó a un funcionario de su dependencia que solicitara dineros a particulares para financiar una revista que difundiera su labor edilicia y les ofreciera a tales particulares que –a cambio de tal aporte económico- se les liberaría de pagar ciertos derechos municipales que ellos debían enterar en arcas municipales.

Dado que la acusada Herrera Silva encomendó a un funcionario dependiente suyo la labor de solicitar los beneficios económicos y no fue ella quien personalmente solicitó dichos beneficios, ha de estimarse que incurrió en la figura típica objeto de la acusación en la modalidad pasiva de la misma, que constituye, propiamente, el "aceptar recibir" un beneficio económico, pues si bien ella directamente, personalmente, no le solicitó aportes económicos a los particulares, indudablemente que al solicitar que ello se hiciera, está aceptando eso que pide realizar: María Amelia Herrera Silva al encomendar que se pidieran los aportes económicos aceptó que ellos fueran recibidos.

Tales aportes en dinero constituyen un beneficio económico, una ventaja pecuniaria, un lucro, que permitió financiar la publicación de una revista que se realizó para difundir la labor edilicia de la acusada Herrera Silva; y, en tanto dicha revista fue distribuida, sea en todo su tiraje o sólo en una parte de los 17.000 ejemplares impresos, ello redundó en un beneficio para la citada acusada, consistente en publicidad para su persona; no en vano dicha revista se tituló "Un Liderazgo Efectivo. Amelia Herrera Fuerza y Acción Municipal de Quilpué 1996-2004".

La acusada Herrera Silva aceptó el mencionado beneficio económico para ejecutar un acto con infracción a los deberes de su cargo. En efecto, en tanto ella era la Alcaldesa de la I. Municipalidad de Quilpué, y conforme al artículo 107 de la Constitución Política de la República, vigente a la época de los hechos objeto de la acusación (actual artículo 118), y al artículo 2 de la L.O.C. de Municipalidades, ella era la máxima autoridad municipal, y "en tal calidad le corresponderá su dirección y administración superior y la supervigilancia de su funcionamiento", según dispone el artículo 56 de la citada ley; y ella debía ejercer las funciones y atribuciones de la referida municipalidad "en los términos que esta ley señala", según dispone el artículo 15 de tal Ley 18.695, siéndole exigible en dicho desempeño el cumplimiento de las normas de probidad administrativa establecidas en la Ley 18.575, según expresamente señala el inciso final del artículo 40 de la L.O.C. de Municipalidades. Además, el artículo 62 N°5 de la Ley 18.575, L.O.C. sobre Bases Generales de la Administración señala que "Contravienen especialmente el principio de la probidad administrativa, las

siguientes conductas:... 5. Solicitar, hacerse prometer o aceptar, en razón del cargo o función, para sí o para terceros, donativos, ventajas o privilegios de cualquier naturaleza;.... 8. Contravenir los deberes de eficiencia, eficacia y legalidad que rigen el desempeño de los cargos públicos, con grave entorpecimiento del servicio o del ejercicio de los derechos ciudadanos ante la Administración."

Si bien el artículo 111 de la Constitución Política de la República, vigente a esa época (actual artículo 122), establecía que las Municipalidades gozan de autonomía para la administración de sus finanzas, ello no puede vulnerar el claro mandato contenido en el artículo 7 del aludido texto constitucional, que dispone "Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley." Ello importa que en esta materia debía estarse a lo que la ley le facultaba hacer, siendo por ello relevante tener presente que los artículos 40 y 41 N°5 de la Ley de Rentas Municipales señalan la oportunidad y manera de pagar los derechos que se adeudan al municipio, no señalándose en ellos una modalidad como la propuesta por los acusados para financiar la ya referida revista. Respecto de tal tópico se adjuntó (Documento N°23 de la Fiscalía) el Oficio N°007788 de 28.NOV.2005, mediante el cual la Contraloría General de la República, a través de la Contralora Regional de Valparaíso, doña María Argentina Guevara Weber, respondió una solicitud de la Fiscalía Local de Quilpué, respecto a "si resulta procedente que las Municipalidades compensen con los contribuyentes derechos municipales que éstos adeuden en razón de permisos o concesiones otorgadas por esas Corporaciones." Dicho ente contralor señaló, en el referido Oficio Nº007788, lo siguiente: "Sobre el particular, cumple manifestar que en virtud del principio de juridicidad consagrado en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política, las Municipalidades requieren de facultades legales expresas para extinguir obligaciones por compensación, criterio que por lo demás, ha tenido ocasión de precisar este Organismo de Control en dictamen N°17.155, de 1985, pronunciamiento en que se manifestó que no existe disposición legal de carácter genérico que faculte a los municipios para compensar créditos, criterio ratificado por dictamen N°34.725 de 2003."

Se infringirían, entonces, tales deberes legales, si se condonara, se compensara o simplemente si se permitiera que no se cobraran derechos adeudados a la Municipalidad de la que era Alcaldesa la acusada. Dado que la oferta que ella encargó realizar al funcionario Ricardo Juan De la Barrera Herrera implicaba tal "tratamiento especial" para con los particulares que hicieran aportes para la revista mencionada, ella incurrió en la conducta de cohecho tipificada en el señalado artículo 248 bis del Código Penal.

Ha de señalarse que no es necesario que tal condonación, compensación o "canje" ofrecidos se haya verificado, pues para la consumación de la figura delictual prevista en el artículo 248 bis citado basta con que se haya aceptado el beneficio "para ejecutar" un acto con infracción a los deberes del cargo, constituyendo otra figura típica —e independiente— aceptar el beneficio "por haberlo ejecutado". En efecto, tal como señala el profesor Oliver (op. Cit., página 112; y, en el mismo sentido, Rodríguez Collao y Ossandon Widow, op. Cit. Página 336) "el cohecho es un delito de mera actividad,

toda vez que se perfecciona con la realización de una conducta, sin exigirse para su consumación que se produzca un resultado material unido por relación de causalidad e imputación objetiva con el comportamiento."

<u>VIGÉSIMO TERCERO</u>: Que, en cuanto atañe a la acusación presentada por el Consejo de Defensa del Estado, dirigida en contra de María Amelia Herrera Silva y de Ricardo Juan De La Barrera Herrera, el Tribunal, tal como ya anticipó, arribó a una decisión condenatoria, por considerar que se acreditó en el presente juicio su calidad de autores del delito de <u>Cohecho</u>, previsto y sancionado en el artículo 248 bis del Código Penal.

Para decidir dicho juicio condenatorio, se ha tenido en consideración que el artículo 248 bis del Código Penal sanciona al "empleado público que solicitare o aceptare recibir un beneficio económico para sí o un tercero para omitir o por haber omitido un acto debido propio de su cargo, o para ejecutar o por haber ejecutado un acto con infracción a los deberes de su cargo".

Esta regulación -nos dicen Politoff, Matus y Ramírez en su libro "Lecciones de Derecho Penal Chileno", parte especial, segunda edición, página 502- corresponde a la modificación legal introducida por la ley número 19.645, del 11 de diciembre del año 1999, que "ha modificado completamente la anterior regulación del cohecho, también llamado corrupción o soborno, anticipando la penalidad en todos los casos a la simple solicitud, aceptación u oferta de un beneficio económico, para cumplir o dejar de cumplir una obligación propia del cargo del funcionario cohechado, adelantando así el castigo penal a la simple declaración de infidelidad al ordenamiento por un móvil abyecto (el beneficio económico). De este modo -dicen Politoff, Matus y Ramírez-, la impaciencia del legislador, propia de estos tiempos, ha transformado los delitos de cohecho en delitos de peligro, atrofiados en dos actos, donde el elemento subjetivo es cofundante de la antijuricidad. La nueva regulación del cohecho ordena sus figuras típicas pasando del caso menos grave (cohecho pasivo propio, articulo 248 CP) al caso grave (cohecho pasivo agravado, artículo 248 bis CP) y de este al caso más grave (cohecho pasivo impropio, artículo 249 CP), manteniendo el castigo como delito independiente del soborno o cohecho activo (artículo 250 CP)".

Tal afán legislativo –podemos señalar- reconoce como antecedente la entrada en vigencia de la "Convención Interamericana contra la Corrupción", promulgada mediante el Decreto N°1879, publicado en el Diario Oficial de 2 de febrero de 1999.

Politoff, Matus y Ramírez, al explicar –en la ya citada obra– la regulación de la figura básica, esto es de lo que denominan cohecho pasivo propio, previsto en el artículo 248, señalan que "se castiga actualmente la sola solicitud o aceptación de una oferta de dinero o de otros beneficios económicos hecha por terceros al funcionario, con la promesa de realizar una conducta propia del cargo, con independencia de si se recibe el dinero o beneficio o se realiza o no la conducta propia del cargo... se trata, por tanto, de un delito formal, que no puede admitir etapas previas de desarrollo (de

hecho, se castiga ahora como delito lo que antes era sólo una proposición o conspiración para el cohecho, impune)".

"En el artículo 248 bis se sanciona al empleado público que solicita o acepta recibir un soborno en las mismas condiciones del artículo anterior, pero con una finalidad o por un motivo diferente: omitir o haber omitido un acto propio del cargo o por ejecutar o haber ejecutado un acto con infracción a los deberes del cargo."

Debido a esta nueva regulación penal introducida por la Ley 19.645, el delito de cohecho adquirió una naturaleza unilateral que impone considerar separadamente las conductas del funcionario, por una parte; y, por otra, las del particular que se involucra con él. Es así como el profesor Guillermo Oliver señala "A partir de la reforma introducida por esta ley, para apreciar un delito de cohecho de funcionario dejó de ser necesario que existiera un acuerdo entre éste y un particular, bastando su sola solicitud de algún beneficio económico, aunque no fuese aceptada. Del mismo modo, para estimar concurrente un delito de cohecho de particular ya no fue imprescindible que su ofrecimiento fuera aceptado por el funcionario, bastando el solo hecho de ofrecerle un beneficio económico. En consecuencia, a nuestro juicio, es posible afirmar que el delito de cohecho, atendida su actual regulación en el Código Penal, tiene naturaleza unilateral." (Guillermo Oliver, en "Aproximación al Delito de Cohecho", Revista de Estudios de la Justicia, N°5, año 2004, página 92, Facultad de Derecho, Universidad de Chile; opinión que también comparten Luis Rodríguez Collao y María Magdalena Ossandón en "Delitos contra la Función Pública", Editorial Jurídica, 1ª edic., página 310).

Ha de tenerse presente que los verbos rectores del tipo penal consisten en solicitar o aceptar; y, atendiendo a su significado natural y obvio, ello significa, en el caso de solicitar, "(Del lat. sollicitāre). 1. tr. Pretender, pedir o buscar algo con diligencia y cuidado. 2. tr. Hacer diligencias o gestionar los negocios propios o ajenos. 3. tr. Requerir y procurar con instancia tener amores con alguien. 4. tr. Pedir algo de manera respetuosa, o rellenando una solicitud o instancia. 5. tr. Der. Dicho de un confesor: Requerir de amores a la penitente. 6. tr. Fís. Someter a un cuerpo a una o más fuerzas con diferente sentido. 7. intr. ant. Instar, urgir." (Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, 22ª Edición); siendo razonable concluir que a lo que alude el tipo penal referido corresponde a la primera y a la cuarta de dichas acepciones.

En tanto que aceptar, está definido –en el citado Diccionario- como "(Del lat. Acceptāre, recibir). 1. tr. Recibir voluntariamente o sin oposición lo que se da, ofrece o encarga. 2. tr. Aprobar, dar por bueno, acceder a algo. 3. tr. Recibir o dar entrada. No se aceptó la enmienda. 4. tr. Asumir resignadamente un sacrificio, molestia o privación. 5. tr. Com. Obligarse al pago de letras o libranzas, por escrito en ellas mismas."; siendo razonable concluir que las acepciones primera y segunda dan cuenta del significado que es aplicable al tipo penal en análisis.

El profesor Guillermo Oliver señala al respecto que "al igual que la conducta de solicitar, no es necesario que la aceptación se realice de manera expresa, bastando

cualquier comportamiento que revele inequívocamente la manifestación de voluntad en el sentido de consentir. Por ejemplo, guiñando un ojo o asintiendo con la cabeza. En consecuencia, no se requiere que el funcionario reciba algo del particular para que su comportamiento se considere típico, sino que basta que admita lo que el particular le ofrece". (Guillermo Oliver, en "Aproximación al Delito de Cohecho", Ob. Cit., páginas 96 y 101; opinión que también comparten Luis Rodríguez Collao y María Magdalena Ossandón, ob. Cit, página 314).

La amplitud de las conductas que resultan típicas a la luz de estos verbos rectores es coincidente con los términos de la ya citada Convención Interamericana contra la Corrupción, cuyo Artículo VI señala: "Actos de corrupción. 1. La presente Convención es aplicable a los siguientes actos de corrupción: a. El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas; b. El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas; c. La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero; d. El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo; y e. La participación como autor, co-autor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo." (Véase Decreto N°1879, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 2 de febrero de 1999). En virtud de la suscripción y aceptación de dicha Convención surgió la necesidad de legislar -lo que se tradujo en la Ley 19.645 que creó el tipo penal en comento, toda vez que el Artículo VII de tal acuerdo multilateral señalaba que "Legislación interna. Los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para tipificar como delitos en su derecho interno los actos de corrupción descritos en el Artículo VI.1. y para facilitar la cooperación entre ellos, en los términos de la presente Convención."

Por otra parte, la figura de cohecho prevista en el artículo 248 bis del Código Penal alude a "solicitar o aceptar recibir un beneficio económico", de lo cual se desprende que lo que se solicita o se acepta ha de tener un contenido patrimonial.

El aporte económico solicitado por Ricardo Juan De la Barrera Herrera fue en beneficio de él, en tanto la producción de la revista referida fue encomendada a Alejandro José Navarrete Celis, para que éste a través de la sociedad que mantenía con De la Barrera Herrera, realizara la publicación. No obstante ello, también tuvo lugar un beneficio a favor de un tercero, pues la revista efectivamente fue publicada y en ella se difundieron los logros y la labor municipal realizada por la Alcaldesa María Amelia Herrera Silva. <u>Tal acusada recibió así publicidad en su favor, a través de la revista</u> que fue financiada con los referidos aportes económicos obtenidos por Ricardo Juan De la Barrera Herrera. De hecho, la revista publicada se denominó "Un Liderazgo Efectivo Amelia Herrera. Fuerza y Acción Municipal de Quilpué 1996-2004", según se lee en su portada. Tal revista fue distribuida después que ella cumplió su período como Alcaldesa y antes de realizarse la elección de Diputados en la que ella participó. De aquí se desprende que dicha acusada sí recibió un beneficio de índole patrimonial, derivado de las gestiones que realizó el funcionario de su dependencia Ricardo De la Barrera, pues ella fue favorecida con la publicación de una revista, la cual fue financiada con el aporte de particulares entregado mientras ella aún era Alcaldesa de la Municipalidad de Quilpué, revista que –además- fue retirada de la imprenta sólo un par de días antes de que ella dejara dicho cargo edilicio (su último período edilicio se extendió del 6 de diciembre del 2000 al 6 de diciembre del año 2004; la guía de despacho 0029239 (documento N^2 5 de la Fiscalía), tiene fecha 3 de diciembre de 2004; las facturas relativas a los aportes de Geosal, Caleuche, Anepco y Familar, son, respectivamente, de fechas 20 de mayo de 2004 (documento N^59), 10 de junio de 2004 (documento $N^{\circ}48$), 30 de junio de 2004 (documento $N^{\circ}64$); γ , de 16 de junio de 2004 (documento N°55) según ya antes de estableció).

<u>VIGÉSIMO QUINTO:</u> Que, debe precisarse que el delito de cohecho de que son responsables los acusados Ricardo Juan De la Barrera Herrera y María Amelia Herrera Silva alcanzó el grado de consumado, por haberse satisfecho plenamente las exigencias de la descripción típica del mismo; en efecto, él solicitó beneficios económicos; y, ella aceptó recibirlos, según ya se explicó.

En lo que atañe a De la Barrera Herrera su conducta constituye la comisión de delitos reiterados de cohecho, en su modalidad activa, debido a que en cuatro oportunidades distintas (según los términos de la acusación, que el Tribunal no puede exceder, y teniendo en cuenta que tampoco se presentó la declaración de representantes de la sociedad Eduardo Gaete y Compañía, mencionada como quinta empresa involucrada) solicitó a particulares la entrega de aportes de dinero. Cada una de dichas solicitudes de beneficios económicos constituye, en cada caso, un delito consumado de cohecho.

Por su parte, en el caso de la acusada María Amelia Herrera Silva, que ha sido considerada culpable del delito de cohecho consistente en "aceptar recibir", esto es, de la modalidad pasiva del delito, su aceptación sólo puede considerarse constitutiva de un solo delito, ya que sólo respecto de esa aceptación tuvo el dominio del hecho, quedando en manos del otro acusado la determinación del número total de veces que solicitaría a particulares el aporte del beneficio económico por el cual ahora se le sanciona.

Al hablarse aquí de las modalidades activa y pasiva del delito de cohecho previsto en el artículo 248 bis del Código penal, no debe confundirse que con ello se emplean los términos según la antigua distinción doctrinal que aludía al cohecho activo y al cohecho

pasivo, pues la modificación introducida al Código Penal por la Ley 19.645 (publicada en el Diario Oficial el 11 de diciembre de 1999) nos obliga a dejar de lado dicha nomenclatura, ya que "se tipificó como una forma de cohecho activo una conducta pasiva, consistente en que el particular consienta en dar a un empleado público un beneficio económico, y como una forma de cohecho pasivo un comportamiento activo, que consiste en que el funcionario solicite un beneficio económico o mayores derechos que los que le están señalados por razón de su cargo" (Guillermo Oliver, en "Aproximación al Delito de Cohecho", Ob. Cit., página 88).

VIGÉSIMO OCTAVO: Que de los antecedentes antes reseñados, unido a la restante prueba documental que respaldaba los dichos de los testigos, se desprende que la acusada María Amelia Herrera, en su condición de Alcaldesa de la Comuna de Quilpué dispuso la elaboración de una revista, la que tenía por finalidad resaltar el trabajo realizado en la comuna durante su gestión, que a pesar de indicar que se relacionaba con la cuenta pública—la que se realiza una vez al año— este tipo de publicaciones se hicieron sólo en dos oportunidades, año 2000 y 2004, lo que coincide con los períodos electorales para la elección de alcaldes y concejales del país.

En este contexto resulta poco lógico y contrario a las máximas de experiencia que la propia interesada en la revista no se preocupara de su contenido, según sus dichos, lo que ha quedado desvirtuado con los antecedentes ya reseñados y tampoco resulta verosímil que no estuviera al tanto de la forma en que podía financiarse la revista, teniendo en consideración que ya se había hecho una anterior, sin financiamiento municipal o con fondos de particulares que hubieren pasado por la Municipalidad. Además la testigo Macarena Torres Honorato indicó que la empresa Geosal ya había financiado otras publicaciones el año 2002 y 2003 a cambio de la compensación de derechos municipales adeudados y que durante ese período no fueron notificados por algún inspector municipal.

En este mismo sentido los dichos de Carlos Domingo Rivas Mora, representante de Inmobiliaria Caleuche, al indicar que en el primer semestre de 2004, tuvo una reunión con la Alcaldesa de Quilpué María Amelia Herrera, en la que también estaba presente Ricardo de la Barrera y Guillermo Molina, en la que se le ofreció la posibilidad de construir una pérgola para las floristas del cementerio a cambio de los derechos municipales adeudados y en una segunda reunión, también en presencia de la Alcaldesa, se le ofreció compensarlos mediante el aporte a la revista de gestión municipal.

A lo anterior se une el documento consignado anteriormente que da cuenta de una carta de diciembre de 2004, de la alcaldesa de la I. Municipalidad de Quilpué Amelia Herrera Silva, dirigida al señor Mauricio Gnecco, Gerente del Departamento Comercial de "Sociedad Importadora Italiana Ltda., en la que agradece el apoyo en la producción y financiamiento de la "Revista de Gestión Municipal 2004", documento no cuestionado por la defensa y que con cuyo mérito permite confirmar el conocimiento de la acusada respecto del financiamiento de la revista.

Se debe tener en consideración que la producción de la revista iba en directo beneficio de quien era jefe directo de Juan De La Barrera, la Alcaldesa María Amelia Herrera, respecto de quien existía una relación jerárquica tal como lo planteó su defensor, lo que se encuentra sustentado, además, según expresamente se lee del tenor del artículo 7 de la Ley 18.575, Orgánico Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado que dispone: "Los funcionarios de la administración del Estado estarán afectos a un régimen jerarquizado y disciplinado. Deberán cumplir fiel y esmeradamente sus obligaciones para con el servicio y obedecer las órdenes que les imparta el superior jerárquico."

Lo anterior dice directa relación con el hecho de que éstas operaciones tenían antecedentes previos y para realizarlas, el acusado Ricardo de La Barrera utilizó un procedimiento que anteriormente no había sido objetado, empleando para ello documentación oficial de la Municipalidad de Quilpué, firmando con su nombre e indicando su cargo, lo que es demostrativo que –en ningún momento- estas operaciones fueron clandestinas o solapadas.

Finalmente, se debe tener presente que -según dan cuenta los documentos presentados por el Ministerio Público, ya reproducidos- las empresas que recibieron la oferta de serles compensados los derechos municipales adeudados, mediante el aporte de dinero para la elaboración de una revista, no le fueron cobradas dichas deudas sino hasta que asumió el nuevo alcalde, el 6 de diciembre de 2004, lo que confirmó éste, así como la encargada de Rentas Municipales Nora Manso y se refleja en las diversas notificaciones de deuda que se practicaron a partir de esa fecha...".

5.2 Recurso de nulidad y fallo de la Corte Suprema

La H. Diputada recurrió de nulidad ante la Corte Suprema, invocando principalmente causales de infracción de garantías fundamentales, en tanto que Juan de la Barrera se conformó con la sentencia. Por su parte, la defensa de César Molina solicitó se le considerara interviniente en el recurso intentado por la Diputada herrera, para salvaguardar los intereses de su representado, quien había sido absuelto de responsabilidad.

El fallo de la Corte Suprema constituye un pronunciamiento bastante particular ya que, si bien RECHAZÓ el recurso de nulidad, igualmente anuló el juicio oral y la sentencia y tiene aspectos muy relevantes, tanto en materias de fondo como en términos procesales.

Al respecto, cabe destacar los siguientes temas:

- a) Reflexión en torno al dolo en el delito de cohecho;
- b) Validación de la prueba indiciaria, especialmente para acreditar el elemento volitivo del delito;
- c) Nulidad en uso de las facultades del Art. 379 del Código Procesal Penal.
- d) Consecuencia de que un co imputado no recurrente queda excluido como interviniente en el nuevo juicio oral.

a) Reflexión en torno al dolo en el delito de cohecho

El fallo de la Corte Suprema se explaya en torno al elemento del dolo en el delito de cohecho, y más precisamente sobre el requisito de que se trate de dolo directo. Lo anterior viene a ratificar una tendencia jurisprudencial en ese sentido, contribuyendo a legitimar la posición también dominante de la doctrina la materia.

En ese sentido, destacamos los siguientes considerandos de la sentencia:

CUADRAGÉSIMO PRIMERO: Que, bajo este prisma, la figura agravada del artículo 248 bis del Código Penal, al valerse de las expresiones "para omitir o por haber omitido" y "para ejecutar o por haber ejecutado" requiere una importante exigencia a nivel subjetivo por parte del sujeto activo, esto es, sólo es punible la comisión con dolo directo, el agente debe tener conocimiento y voluntad de realizar los elementos que integran el tipo penal objetivo, siendo indiferente el móvil que lo impulse ("para sí o un tercero"), "pues sólo de quien obra con dolo directo puede decirse que pide o acepta algo para realizar una acción o por haberla realizado" (Luis Rodríguez Collao y María Ossandón Widow: "Delitos contra la Función Pública", Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, Santiago, 2008, p. 340. En el mismo sentido: Francisco Muñoz Conde: "Derecho Penal, Parte Especial", Tiranch lo Blanch, 15ª edición, Valencia, 2004, p. 1007 y Edgardo Alberto Donna: "Delitos contra la Administración Pública", Rubinzal-Culzoni, segunda edición actualizada, Santa Fe, Argentina, 2008, p. 250).

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO: Que el aspecto subjetivo -elemento esencial de todo injusto penal- reviste especial trascendencia en el caso en análisis, desde que, como lo precisa la doctrina, sólo se satisface cuando el agente obra con la especie de dolo denominada "dolo directo", quedando excluidas, por ende, las otras formas de imputación subjetiva reconocidas: el dolo eventual y la imprudencia.

CUADRAGÉSIMO TERCERO: el dolo es el principal elemento subjetivo integrante del tipo criminal. Es un componente indispensable que integra el delito en un sistema punitivo, como el nacional, que lo define como la acción u omisión voluntaria penadas por la ley. "Se trata así de desterrar de nuestro ordenamiento punitivo todo vestigio de responsabilidad objetiva, enseñoreándose, de modo inequívoco, el principio de culpabilidad como faro iluminador de cualquier enjuiciamiento penal, lo que supone la acentuación de un régimen de garantías propio de un Estado de Derecho" (SCS, N°1933-07, 12.08.2008).

CUADRAGÉSIMO CUARTO: Que el dolo aparece como compendio de un proceso anímico abarcador del conocimiento que el sujeto ha de tener, comprensivo de los elementos esenciales fundamentadores del tipo, descriptivos y valorativos, y de la definida y firme voluntad de realización del injusto típico; obra con dolo el que conoce y quiere realizar el tipo penal objetivo. Además de requerir un elemento cognitivo (el saber o conocer), el dolo exige también la presencia de un elemento volitivo: el querer (la realización del hecho típico). La doctrina mayoritaria con-

viene en que dolo "está basado en la idea de querer el resultado" y que el elemento volitivo del dolo constituye su rasgo "más característico". (Politoff, Matus y Ramírez, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, 2004, pp. 270 y s.s.)

............ El dolo directo -único elemento subjetivo aceptado por el artículo 248 bis del estatuto punitivo- "es la forma más característica y a la vez la más grave de dolo", ya que hay en el sujeto activo la intención del hecho típico y antijurídico (Eduardo Novoa Monreal). El dolo directo es la forma de dolo en que elemento volitivo se presenta de modo más intenso; supone que el propósito, intención o finalidad que persigue el agente es precisamente la realización de los elementos de un tipo delictivo (en su caso, con su resultado). (Diego-Manuel Luzón Peña, "Dolo y Dolo Eventual: Reflexiones", en Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, In Memoriam, Vol. I, pp. 1110 y s.s.)"

 b) Validación de la prueba indiciaria, especialmente para acreditar el elemento volitivo del delito

En cuanto a la prueba del dolo mediante indicios, este aspecto reviste especial importancia, por cuanto en muchos de los delitos de corrupción las autoridades señalan que sus subalternos abusaron de su confianza, o que obraron ingenuamente, y que no tenían conocimiento de lo que hacían aquellos.

Por consiguiente, la prueba del dolo y del conocimiento mediante indicios, constituye un gran avance jurisprudencial, el cual se recomienda citar en casos futuros.

"CUADRAGÉSIMO QUINTO: Que, si bien es cierto, la prueba del dolo —en cuanto se lo concibe como "un conglomerado de hechos internos"—, es una de las cuestiones más problemáticas en la sede procesal penal, ya que su acreditación en un caso concreto pasa "por la necesidad de que se averigüen determinados datos de naturaleza psicológica: una realidad que, como afirma expresivamente Herzberg, 'se encuentra en la cabeza del autor' o, como puntualiza Schewe, se basa en 'vivencias subjetivas del autor en el momento del hecho', unos fenómenos a los que puede y debe accederse en el momento posterior del proceso (Ramón Ragués y Vallès, El Dolo y su Prueba en el Proceso Penal, Universidad Externado de Colombia, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1999, p. 190).

Así los problemas específicos que envuelven la prueba de elementos subjetivos surgen porque los contenidos mentales de otra persona no son accesibles directamente a la percepción: "la única persona que sabe cuáles fueron los procesos mentales del acusado es el acusado mismo, y probablemente ni siquiera él puede recordarlos correctamente" (Björn Burkhardt, La comprensión de la acción desde la perspectiva del agente en el derecho penal, en "El problema de la libertad de acción en el Derecho Penal", Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 1ª edición, 2007, p. 41). La prueba del dolo en cuanto integrado por elementos psicológicos que yacen en la psique del sujeto

activo del delito, ha de basarse en circunstancias -anteriores, coetáneas y posteriores al hecho, de todo orden- que demuestren al exterior el íntimo conocimiento y voluntad del agente, toda vez que como todo lo que se guarda en lo más profundo del ser anímico, sólo puede probarse por una serie de datos que manifiesten la intención querida.", en Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, In Memoriam, Vol. I, pp. 1110 y s.s.)

CUADRAGÉSIMO SEXTO: Que, por consiguiente, el dolo o los elementos subjetivos necesarios para imponer una sanción penal, solamente pueden fijarse por un proceso de inducción. Estos juicios de inferencia, como actualmente se prefiere denominarlos, permiten al tribunal, mediante una operación lógica deducir del material fáctico que la probanza practicada ha puesto a su alcance, la concurrencia de los componentes anímicos del suceso delictuoso, ya que el objeto de la convicción del tribunal es un elemento que en un principio permanece reservado en el individuo en el que se produce, de modo que para su averiguación se requiere de una inferencia a partir de los datos exteriores.

Sobre estas consideraciones es indudable que las pruebas indirectas, indicios o presunciones, revisten sin duda aptitud probatoria y su utilización en el proceso será siempre necesaria, debiendo tenerse particularmente en consideración que, como apunta un autor, "la intención criminal sólo puede ser puesta en evidencia de manera indirecta" (Mauricio Silva Cancino, Las Presunciones Judiciales y Legales, Editorial Jurídica Conosur, 2ª edición, Santiago, 1995, p.50).

De esta manera, cuando no existe prueba directa de un concreto estado de la conciencia o de la voluntad, ha de acudirse a la denominada prueba de indicios, para a través de unos datos exteriores completamente acreditados inferir la realidad de este estado de espíritu del autor de la infracción penal, necesario para la incriminación del comportamiento de que se trate. Por tanto, el tribunal de los hechos debe establecerlos a partir de la forma exterior de comportamiento, debiendo consignar los hechos acaecidos para extraer de ellos las consecuencias que sobre tal cuestión estimaba oportunas, partiendo siempre de razonamientos indirectos porque sólo la prueba indiciaria –deducida lógica, racional y causalmente entre el hecho acreditado y la circunstancia acreditable– puede conformar la íntima convicción de los jueces." (SCS, N°1933–07, 12.08.2008).

En definitiva, salvo espontáneo reconocimiento, el dolo ha de inducirse, lícita y racionalmente, de cuantas circunstancias giran alrededor —antes, durante y después— de la conducta enjuiciada, en cuyo análisis no pueden faltar el estudio de la personalidad del agente, sus conocimientos, su formación, su profesionalidad, su situación social y sus intereses (sean económicos, profesionales, altruistas u otro), de manera tal que por su medio adquieran los jurisdicentes un conocimiento cierto respecto de la pretensión del actuante.

CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO: Que en este orden de ideas y si bien en el motivo vigésimo sexto y vigésimo séptimo de la sentencia impugnada, se reseñan los dichos de

algunos testigos y ciertos documentos incorporados al pleito criminal, aquellos no son suficientes para dar por cumplida la exigencia de sustentar la conclusión del actuar doloso -en forma de intención- de la incriminada.

En efecto, el pronunciamiento objetado, no pone de manifiesto la voluntariedad y propósito criminal de la inculpada, ni demuestra que su comportamiento sea demostrativo del perfecto conocimiento que tenía del alcance del hecho punible y de su antijuridicidad, realizado con voluntad decidida de llevarlo a la práctica y lesionar el respectivo bien jurídico protegido."

c) Nulidad en uso de las facultades del Art. 379 del Código Procesal Penal

La Corte rechazó todas las causales de nulidad invocadas por el recurrente, no obstante anuló de oficio, ejerciendo la facultad del Art. 379 inc. 2° CPP, el cual dispone que *Interpuesto el recurso*, no podrán invocarse nuevas causales. Con todo, la Corte, de oficio, podrá acoger el recurso que hubiere sido deducido a favor del imputado por un motivo distinto del invocado por el recurrente, siempre que aquél fuere alguno de los señalados en el Art. 374.

Al respecto el máximo tribunal consideró que la sentencia no explicó con el suficiente detalle como adquirió la convicción para la condena, lo que dejó plasmado en los considerandos que se citan a continuación.

"CUADRAGÉSIMO OCTAVO: ...Es fundamental explicar con el máximo de detalles la convicción de condena, para que la sociedad comprenda las razones contenidas en las decisiones jurisdiccionales, basada en una actividad que ha permitido dar por comprobados hechos y circunstancias básicas relativas a la existencia del suceso punible y a la culpabilidad de los imputados.

QUINCUAGÉSIMO: Que en dicho contexto, al omitir la sentencia, explicar como en Derecho corresponde, los argumentos que conducen a tener por concurrente el dolo inherente al tipo penal imputado, en la intervención de la enjuiciada recurrente, incumple lo preceptuado en el artículo 342 letra c) del Código Procesal Penal, configurándose consecuencialmente el literal e) del artículo 374 del mencionado texto legal, por lo que no ha sido dictada conforme a la ley, lo que habilita a esta Corte para proceder a invalidar de oficio el fallo."

d) Consecuencia de que un coimputado no recurrente queda excluido como interviniente en el nuevo juicio oral

Como se ha expuesto precedentemente en este artículo, conjuntamente con la H. Diputada Herrera, fueron acusados Ricardo De la Barrera y César Molina, todos en calidad de coautores de acuerdo con el Art. 15 N°3 CP, condenando el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar a De La Barrera y a la Diputada Herrera, y absolviendo a César Molina.

Lo anterior implicó que los efectos de la declaración de nulidad sólo alcanzaron a la parlamentaria acusada, como se desprende del siguiente considerando.

QUINCUAGÉSIMO PRIMERO: Que, para los efectos que señala el inciso segundo del artículo 360 del Código Procesal Penal, consta de estos antecedentes que sólo la imputada Herrera Silva entabló recurso de nulidad en contra del veredicto que se revisa y atento a que los fundamentos que se han esgrimido para su anulación son personalísimos -como es personalísima, propia del individuo concreto la faz subjetiva del delito- y no se encuentran presentes respecto del imputado Ricardo de la Barrera Herrera, esta decisión anulatoria no le aprovechará, manteniéndose a su respecto la decisión condenatoria como autor del delito de cohecho.

Habiendo recurrido de nulidad únicamente la Diputada, y por ende, anulándose el juicio sólo respecto de ésta, en el nuevo juicio oral sólo ella aparecería como acusada, no existiendo posibilidad de contar con la declaración de Juan de la Barrera como acusado (la cual fue fundamental para la primera condena), ya que no era interviniente en el segundo juicio, ni aparecía incorporado como testigo en el respectivo auto de apertura.

Lo anterior, implicó que debiera solicitarse la incorporación del "testigo" Juan de la Barrera como prueba nueva en el nuevo juicio oral, lo que fue aceptado por el Tribunal.

5.3 Segundo Juicio Oral

El nuevo juicio oral contra la parlamentaria se realizó entre el 23 de marzo y el 2 de abril de 2009, y en él el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar optó por absolver a la parlamentaria, por estimar que si bien se había acreditado la comisión de un delito, éste era imputable a un tercero (De la Barrera) que no era parte en este juicio, como aparece a continuación:

"DECIMOCTAVO: Que, aún cuando con la prueba rendida quedaron acreditados ciertos hechos que revisten los caracteres de delito, hechos que han sido calificados por el Tribunal como constitutivos del delito de cohecho, previsto en el artículo 248 bis del Código Penal, en el que intervino en calidad de sujeto activo un tercero, Ricardo Juan De La Barrera Herrera, que no ha sido parte de este juicio, pero que sí resultó condenado como tal -conforme aparece de la parte resolutiva de la sentencia dictada en estos mismos antecedentes con fecha diecisiete de septiembre de dos mil ocho, introducida a este juicio como prueba nueva por los acusadores- estos hechos en concepto de la mayoría, no pueden ser imputados a la acusada María Amelia Herrera Silva, pues no ha quedado demostrado más allá de toda duda razonable, que haya realizado, instigado o aceptado la conducta ilícita de un tercero o a lo menos, haya tenido conocimiento de la forma en que este tercero obtendría los dineros necesarios para la realización de la revista, estimándose que la circunstancia de solicitar auspicios de terceros para publicar una revista, auspicios que implicaban como contrapartida avisos publicitarios en la misma, por si sola no constituye una acción que pueda ser considerada como constitutiva de delito.

Como precedentemente se dijo, el artículo 248 bis requiere como sujeto activo a un empleado público, cuya conducta sea la de solicitar o aceptar recibir un beneficio económico para sí o para un tercero, ya sea para omitir o por haber omitido un acto debido propio de su cargo, o para ejecutar o por haber ejecutado un acto con infracción a los deberes de su cargo.

... Que, aún cuando se acreditó la calidad de empleada pública que ostentaba la acusada, no hay ningún elemento de juicio del que se pueda inferir que haya "solicitado" – primera hipótesis del artículo 248 bis del Código Penal, modalidad activa – algún beneficio económico en pugna con los deberes de su cargo. Que, en lo relativo a la solicitud realizada a las empresas para aportar a la publicación de la revista, los testigos en forma conteste indicaron que quien les realizó el ofrecimiento y más aún, recolectó los dineros, fue Ricardo De La Barrera, a quien conocían pues a través de él como jefe de Marketing, se relacionaban con la Municipalidad.

... Preciso también es consignar, que ninguno de los numerosos documentos incorporados por la parte acusadora, apunta a que Amelia Herrera hubiese realizado alguna conducta que estuviese destinada a obtener fondos para la publicación de la revista, pues las cartas y facturas que en cada uno de los casos reconocieron los testigos, estaban, las primeras, suscritas por Ricardo De La Barrera y las facturas, emitidas por la empresa Estudio Digital Ltda. de la que sería socio el citado De La Barrera. La mera circunstancia de que en las cartas se consignara a la Alcaldía como destinataria de una copia, no puede ser prueba suficiente ni siquiera indiciaria, de que efectivamente se hubiese mandado una copia a la Alcaldía y aún en caso afirmativo, que la alcaldesa hubiese tomado conocimiento de su contenido.

Analizando cada una de las declaraciones de los testigos de cargo, ninguno de los presuntos afectados, ninguno de los funcionarios municipales que subieron a estrados, como tampoco aquellos representantes de empresas que aclararon que sólo compraron un espacio publicitario en la revista, aludieron a Amelia Herrera como la persona que ofreció a empresas deudoras del municipio, la compensación de sus deudas a cambio de un aporte a la revista de gestión municipal o, con quien realizaron la operación de compra de publicidad en su caso.

Que, la segunda hipótesis en que se pone el artículo 248 bis del Código Penal, es decir, que "...aceptare recibir una beneficio económico..."-modalidad pasiva- en concepto de estas sentenciadoras tampoco resultó probado, entendiendo que tal elemento dice relación con el conocimiento que pudo tener la acusada de la ilicitud de la oferta efectuada por el tercero, para obtener el beneficio económico, aún cuando pueda estimarse que con estos aportes haya obtenido una ventaja económica, que permitió financiar a lo menos en parte la publicación de una revista que se realizó para difundir su gestión como alcaldesa, revista que fue distribuida, sea en todo su tiraje o sólo en una parte de los 17.000 ejemplares impresos.

Del análisis en conjunto y armónico de la prueba rendida, es posible inferir que en el primer semestre del año 2004, se conformó un grupo de trabajo, destinado a la

producción de una revista, que mostraría la obra realizada por la acusada Herrera como Alcaldesa de Quilpue, grupo integrado por el Jefe de Gabinete Guillermo Molina y conformado además entre otros, por los funcionarios municipales, Patricia Leiva, Iván Staroselcic y Maritza Guerrero, así lo describieron éstos tres últimos y confirmaron las secretarias de la Alcaldía Marta Gómez y Evangelina Aranda, encargándose de obtener los fondos necesarios para la producción y publicación, al funcionario Ricardo De la Barrera. Todos estos testigos y la propia acusada Herrera cuando declaró en estrados como medio de defensa, admitieron que después de dar la cuenta pública en abril de 2004, se había decidido la realización de esta revista que pretendía ser de gestión municipal, que no sería financiada con fondos municipales, sino con aportes externos y, como las relaciones con las empresas las llevaba de La Barrera a él se encargó buscar el financiamiento.

Que, la labor de obtener fondos extra municipales para la elaboración de la revista, en sí no implica una instrucción de obtenerlos por medios ilegítimos, sino que es dable pensar que quien lo dispuso entendía que el financiamiento se lograría mediante auspicios o aportes por publicidad, lo que al menos en parte ocurrió; pues efectivamente hubo muchas personas y empresas que efectivamente compraron un espacio publicitario, y en tal sentido depusieron Enrique Fischer Yavar, Marco Maturana Talvac, Álvaro Figueroa, Hans Wesser, Víctor L'Huillier, Marcela Nahmías, sin que se les hubiese compensado alguna deuda. La afirmación efectuada por el ente acusador en el sentido que el señor De La Barrera le habría informado a la alcaldesa que con los auspicios de particulares no lograrían financiar la revista y había que buscar otros medios, por lo que la misma alcaldesa le habría instruido usar el método de las compensaciones, no ha sido acreditado.

... Que, no habiéndose acreditado el núcleo de la acción punible, es decir, que la acusada haya "...solicitado o aceptado recibir." un beneficio económico, es suficiente para decidir su absolución, aún cuando efectivamente haya recibido un beneficio económico de la conducta ejecutada por un tercero, beneficio sustentado en que con los dineros recolectados por este tercero, pudo efectivamente financiarse la revista que mostraba su labor edilicia, revista que en definitiva fue producida y publicada en 17.000 ejemplares, y denominada "Un Liderazgo Efectivo. Amelia Herrera Fuerza y Acción Municipal de Quilpué 1996-2004", de las cuales un número no determinado, fue distribuida durante su campaña como diputada de la zona. No puede dudarse que los fondos obtenidos en forma irregular derivaron en un beneficio económico para la acusada, que obtuvo publicidad para su campaña, sin incurrir en el gasto que habría tenido que hacer si financiaba con fondos propios esta revista.

La circunstancia de que María Amelia Herrera Silva, en conocimiento de la intención de realizar una revista que realzara su gestión como alcaldesa, y aprobando la referida idea, junto a su equipo de trabajo encomendara al Jefe de Marketing del Municipio que gestionara la obtención de los fondos necesarios para su financiamiento, en sí no puede ser considerado un delito. Que tal circunstancia, aún cuando en tal cometido pudieron haberse infringido labores propias de su cargo, y que demostrara un desprecio pocas veces visto en el ejercicio de las labores propias de una

jefatura, -como son el controlar y revisar las asignaciones de gastos- al no haberse preocupado lo más mínimo de estas funciones y sin siquiera mostrar un poco de curiosidad acerca de la forma en que se obtendrían recursos para un trabajo que le atañía directamente, aunque pudiera ser considerado un abandono o infracción grave a los deberes que le imponía su cargo, tal conducta no puede ser calificada, más allá de toda duda razonable, como delictual.

En consecuencia, la ausencia de participación punible de la acusada, en los hechos que se le atribuyen en la acusación- no puede sino derivar en su absolución, pues tal como dispone el artículo 340 del Código Procesal Penal, "Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley", y dicha convicción no logró producirse en la mayoría del Tribunal respecto de la acusada Herrera Silva, como se dijo, no se arribó al convencimiento que hubiese tenido real conocimiento de la forma en que se obtuvieron los fondos para la realización de la revista que promocionaba su gestión."

5.4 Voto disidente

No obstante, el fallo no fue adoptado por unanimidad, y la Magistrado Claudia Parra Villalobos, estuvo por condenar a la referida imputada como autora del delito de cohecho, previsto y sancionado en el artículo 248 bis del Código Penal de acuerdo con los fundamentos que se citan más adelante.

Entre ellos vale destacar la referencia que efectúa al delito de cohecho como uno de corrupción incorporado a raíz de la Convención Interamericana, respecto del cual hace un acabado análisis.

Asimismo, se hace cargo de cada uno de los elementos del delito y construye los hechos desde la perspectiva de que Amelia Herrera fue coautora de cohecho en conjunto con Juan de la Barrera, atribuyéndoles un actuar concertado, en el cual a ella se le imputa directamente la infracción de los deberes de su cargo.

A continuación se citan las partes más relevantes del voto disidente:

"Primero: Que, el artículo 248 bis del Código Penal sanciona al empleado público que solicitare o aceptare recibir un beneficio económico para sí o un tercero para omitir o por haber omitido un acto debido propio de su cargo, o para ejecutar o por haber ejecutado un acto con infracción a los deberes de su cargo.

Cabe tener presente, en este punto, que la incorporación del tipo legal aludido, tuvo su origen en la especial preocupación por la corrupción en el sector público, siendo su antecedente inmediato la Convención Interamericana contra la corrupción, adoptada en Caracas, Venezuela, el 29 de marzo de 1996 y, aprobada por el Congreso Nacional en septiembre de 1998, cuya promulgación tuvo lugar mediante Decreto

Supremo del Ministerio de Relaciones Exteriores N°1879 del 29 de octubre de 2008, que fue publicado en el Diario Oficial de fecha 2 de febrero de 1999.

No existiendo una definición legal de "cohecho", para entender el mismo, nos remitimos al axioma sugerido por Guillermo Oliver, según el cual "cohecho" define la conducta activa o pasiva de un funcionario público destinada a recibir una retribución no debida en el ejercicio de su cargo, así como la conducta activa o pasiva de un particular destinada a dar a un funcionario público una retribución no debida en el ejercicio del cargo de éste (Guillermo Oliver, "Aproximación al delito de cohecho", Revista de Estudios de la Justicia, N°5, año 2004, pág. 87).

Si bien la doctrina ha discutido sobre la naturaleza jurídica del ilícito en cuestión, de acuerdo a la tesis sustentada por el autor antes mencionado (ob. cit., pág. 92) la entrada en vigencia de la Ley 19.645 ha importado la consagración del carácter unilateral del cohecho, dejando de ser necesaria la existencia de un acuerdo entre el funcionario público y el particular; basta la mera solicitud de beneficio económico (por parte del funcionario) o el solo ofrecimiento de dicho beneficio (en el caso del particular) para que se estime concurrente el delito de cohecho. Ello revela, por cierto, una anticipación punitiva establecida, probablemente por razones político criminales y sustentadas en la propia Convención Interamericana, tenidas en cuenta por el legislador, lo que, además, le confiere un carácter formal al ilícito, tal como aseguran los autores Politoff, Matus y Ramírez ("Lecciones de Derecho Penal Chileno", parte especial).

<u>Segundo</u>: Que, establecida la naturaleza jurídica del delito de cohecho, cabe consignar que las exigencias normativas del mismo se avienen completamente con las imputaciones efectuadas contra la enjuiciada Amelia Herrera Silva, cuya acreditación se sustenta no sólo en interpretaciones a nivel doctrinario, sino, también, en la propia prueba recibida en el juicio.

... En esa calidad (de funcionaria pública), Amelia Herrera Silva, en conocimiento de que un grupo de funcionarios cercanos de la Municipalidad, pretendía confeccionar una revista sobre su gestión edilicia –idea que ella aprobó por completo-, la cual carecía de financiamiento propio de dicha Corporación, encomendó a Ricardo De la Barrera, Jefe de Marketing, que éste buscara la forma de financiarla con aportes de privados. Es en estas circunstancias que, Amelia Herrera Silva, enterada de la existencia de empresas deudoras de derechos municipales –a través de Nora Manzo según se dirá- entregó tal información a Ricardo De la Barrera, quien contactó, a nombre de la Municipalidad, a estas entidades, a las cuales ofreció compensar lo debido por derechos con sus aportes a la revista, mecanismo que era conocido por la referida Amelia Herrera Silva, toda vez que con anterioridad ya había sido utilizado en la ejecución de otros documentos edilicios, aceptando que tales sumas, recaudadas irregularmente por Ricardo De la Barrera financiaran en gran medida la confección de la revista, cuyo sentido era evidentemente político y que, posteriormente, utilizó en su campaña a diputada, siendo, de esta forma, beneficiada directamente con la actuación ejecutada por Ricardo De la Barrera.

La conducta desplegada por la acusada Herrera Silva, se adecua a los verbos rectores del tipo, a saber "solicitar" –entendido como pretender, pedir o buscar algo con diligencia o cuidado; pedir algo de manera respetuosa, o rellenando una solicitud o instancia-, y "aceptar"-esto es, recibir voluntariamente o sin oposición lo que se da, ofrece o encarga; aprobar, dar por bueno, acceder a algo-. De acuerdo al profesor Oliver, en ninguna de las dos modalidades es necesaria la manifestación expresa, bastando, en el caso de la "solicitud" cualquier forma idónea para transmitir el mensaje, y en el "aceptación", la mera admisión de lo que el particular le ofrece.

En la especie, la prueba rendida permitió, a juicio de la disidente, establecer que, por una parte, Herrera Silva, solicitó, por medio de su coautor Ricardo De la Barrera, aportes en dinero a particulares destinados a un fin específico -el financiamiento de la revista- solicitación que, luego, fue directamente efectuada por De la Barrera a los empresarios. No se entienda, de manera alguna, que esta Juez considera a De la Barrera un mero instrumento, en los términos que la defensa aludió cuando mencionó la posibilidad de que la descripción fáctica de los acusadores pudiera ser referida a la hipótesis de autoría del artículo 15 N°2 del Código Penal. Por el contrario, se estima que la conducta de Herrera Silva es perfectamente incluible en el numeral 1º del artículo 15 del Código Penal, en el entendido de que ella hace referencia no sólo al autor ejecutor unipersonal, sino también al coautor, que, por la división propia de las funciones delictivas, es posible que sólo ejecute parte -ya no el todo- del tipo legal. Incluso, acorde sostiene el profesor Enrique Cury, no es tampoco necesario que el coautor intervenga directamente en la realización del hecho típico, siempre que su contribución sea decisiva para la consumación (E. Cury, "Derecho Penal", parte general, pág.613), carácter que esta sentenciadora estima tuvo la conducta de la encausada, desde que ella, según consta de la prueba rendida fue quien, por un lado, tuvo conocimiento de la revista, desde su ideación, ella misma lo dejó ver en su declaración.

... Es posible, entonces, entender que la conducta desplegada por Amelia Herrera Silva tuvo el carácter contributivo que Cury sostuvo, y, en ese sentido, es coautora.

Por otra parte, también es posible, por cierto, atribuirle el carácter de autor instigador, por la utilización de un medio idóneo, constituido por un instrumento doloso como lo fue Ricardo De la Barrera, lo que se aviene con las exigencias de la teoría del dominio final del hecho. La posibilidad de que el sujeto a través del cual actúa el agente primario —Herrera Silva- comparta la conducta dolosa y final que requiere el tipo, ha sido ampliamente aceptada, tanto a nivel internacional, como a nivel nacional, escenario en el cual autores como Jorge Mera, han manifestado que es perfectamente posible encajarlo en el artículo 15 N°1 del Código Penal, en tanto Enrique Cury es de opinión de que tal posibilidad es una de las que cabe en el artículo 15 N°2 del mismo cuerpo legal (análisis sobre la autoría mediata en ob, cit, pág. 597 y ss.).

<u>Tercero</u>: Que, aunque podría, alegarse, seguidamente, que en realidad Amelia Herrera Silva no sabía de este sistema de compensaciones ofrecidas, que ella sólo encomendó buscar financiamiento y, por tanto, su conducta no fue típicamente dolosa,

ello fue contradicho por la prueba rendida. En efecto, como punto de partida no cabe sino señalar que nadie puede pretender que un simple jefe de Marketing tenga tal grado de poder dentro del Municipio, que la alcaldesa, ni nadie más se haya podido dar cuenta de las maniobras que ejecutaba. Es cierto que esto parece más una apreciación personal de la sentenciadora –que se sustenta en reglas de la lógica y máximas de la experiencia, por cierto- pero ¿Cómo se explica que empresas que debían derechos desde 2002 -como Geosal- no hubiesen sido perseguidas administrativamente para el cobro sino existía una decisión superior de no incoarlo? ... Como se ve, no estamos en presencia de un mero aprovechamiento por parte de Ricardo De la Barrera, sino que, por el contrario de una acción concertada, previamente utilizada exitosamente y que, si no hubiere mediado el cambio de autoridad edilicia, probablemente habría seguido siendo una práctica útil para los fines que estuvo prevista. Y aunque el abogado señor Etcheberry ilustre con exactitud sobre el verdadero sentido que tiene la compensación como una forma de extinguir las obligaciones, lo cierto es que esa forma de extinción no está contemplada en la normativa municipal, la cual exige un procedimiento específico, que fue explicado por las testigos Gloria Díaz, Nora Manzo y Milena Inostroza; procedimiento que además era conocido por el abogado de la Municipalidad, Oreste Piccolini, incluso, por el representante de una de las empresas involucradas en las contribuciones a la revista, Jaime Fuenzalida –de Anepco-, también por el actual Alcalde Mauricio Viñambres ¿y se pretende que la acusada Amelia Herrera Silva, que fue alcaldesa por 8 años no lo sabía? Una conclusión como esa parece una abierta vulneración a las reglas de la lógica y máximas de la experiencia que sirven como marco para el ejercicio valorativo que el Tribunal debe efectuar de la prueba rendida.

Cuarto: Que la imputada obtuvo un beneficio económico se prueba con el mérito de la revista incorporada como prueba por la Fiscalía y reiteradamente exhibida en la audiencia por los acusadores, que fue descrita como un producto de calidad, cuyo valor de impresión se acreditó con la documental incorporada al juicio que dice relación con las solicitudes de impresión y facturas emitidas por la empresa El Mercurio de Valparaíso, y su contenido fue motivo de variadas interpretaciones por parte de los intervinientes, desde aquellos que sostenían que era un mero compendio de actividades municipales hasta aquellos que le atribuían un carácter estrictamente político. Tal vez la conclusión sea que es lo uno y lo otro. Puede decirse que es municipal en la medida que se muestran obras y acciones de Amelia Herrera Silva como autoridad municipal de de Quilpué, pero que su contenido es también político, resulta innegable, no sólo por aquellos párrafos 4º y 5° que una y otra vez se leyeron en estrados, sino que por el contexto entero de la obra, lo que es perceptible ya desde su portada, donde ninguna referencia se hace a la Municipalidad propiamente tal, sino que únicamente al eslogan de campaña de la acusada. La editorial, por cierto es un elogio particular que Herrera Silva hace de su propia labor, amén de invitar a los habitantes de "cuatro comunas" -ya no sólo de Quilpué- a acompañarla en su aventura parlamentaria, pero además de que dicha comunicación es prácticamente idéntica a las frases señaladas por la imputada al momento de aceptar ser candidata a diputado -según la prueba adjuntada por la Defensa- lo cual implica una identificación de

los términos utilizados con Herrera Silva, debe tenerse presente que la misiva de la página 3 aparece firmada por ella misma y, aun cuando sostuvo que en realidad era una firma digital, ello no fue probado en juicio por ningún medio de prueba; ergo, si esa es su firma —porque así lo dijo— y no habiéndose comprobado que ella haya sido—mal— utilizada por terceros ajenos—todos de la más plena confianza de Amelia Herrera Silva—, no cabe sino concluir que ella firmó esa editorial y, en consecuencia, bizo suyas todas las expresiones allí consignadas, incluida la manifiesta invitación a votar por su persona.

Siendo entonces una revista de carácter personal, que redundaba fundamentalmente en su beneficio –sin que obste a ello el que personalmente obtuvo para sí el sentenciado Ricardo De la Barrera-, el requisito típico en análisis resulta sobradamente acreditado, desde que ella no incurrió en gasto alguno para la confección de una revista que sólo hablaba de ella y sus obras.

Cuestión aparte es la acreditada circulación en tiempos de campaña electoral que tuvo la revista, según se comprobó de los dichos de Juan Carrasco, Luis Fischer, Marco Olivari, entre otros, que, si se quiere, fue un plus al beneficio ya mencionado, pero no lo constituye en sí mismo; la ganancia —de claro contenido patrimonial— ya se había obtenido, mediante la contribución de empresas deudoras de derechos municipales al financiamiento de la revista.

Quinto: Que, finalmente, en lo que dice relación con la ejecución u omisión de un acto con infracción a los deberes del cargo, la solicitación y aceptación de dineros por parte de privados para el financiamiento de la revista, dando por canceladas sus deudas –mediante un pretendido sistema de compensación-, constituye una infracción manifiesta a los deberes de su cargo, el más alto a nivel municipal.

En efecto, Amelia Herrera Silva sabía, porque así se lo hizo saber Nora Manzo, según esta última señaló, que existían empresas deudoras de derechos municipales; a ella le cabía la decisión de requerir ese pago, sólo por esa razón se puede justificar el acercamiento de Manzo a la alcaldesa, pero en vez de dar la orden de que se ejecutaran los cobros, comisionó a Ricardo De la Barrera para que obtuviera una copia de esa lista y, luego, a través de éste solicitar a los empresarios que ese dinero debido se destinara a fines distintos a los que correspondía, aceptando que ellos financiaran una revista que sólo la favorecía a ella.

Nuevamente, aquí, la conducta punible de la acusada corre por una doble vertiente; primero la omisión del deber de propender a la integridad del patrimonio municipal mediante la orden a las Unidades respectivas de ejecutar el cobro que, según se le acreditó, estaba aún pendiente; segundo, la ejecución de un acto indebido, constituido por la solicitación y aceptación de que esos fondos adeudados contribuyeran al financiamiento de una revista, pretendiendo que con ello se compensaban derechos, cuando era evidente y ella no podía menos que saberlo —e insistimos lo sabía— que no era ese el procedimiento para extinguir deudas municipales.

Sobre este punto, Guillermo Oliver explica que un funcionario infringe los deberes de su cargo al ejecutar un acto, cuando con su realización contraviene las disposiciones que regulan el desarrollo de las funciones propias del cargo o del servicio al que pertenece, disposiciones que pueden estar situadas en textos normativos tal diversos como una ley, un reglamento, un instructivo, una circular etc., infracción de deberes que no sólo se puede presentar en el ejercicio de su actividad reglada, sino también dentro de su actividad discrecional (ob. Cit. Pág. 103-104).

Herrera Silva, en cuanto alcaldesa, constituye la máxima autoridad de la Municipalidad, a través de la cual se ejerce la administración local de cada comuna, acorde previene el artículo 118 (antiguo 107) del Constitución Política, lo que queda corroborado en el artículo 2 de la LOC de Municipalidades; en cuanto tal, le corresponde la dirección y administración superior y la vigilancia del funcionamiento municipal. No debe olvidarse en este punto, que de acuerdo al artículo 1° de la Ley 18.695, las Municipalidades son corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de las respectivas comunas. Si eso es así, no se entiende que beneficio podría tener para la comunidad una revista con las características de la señalada, si se quiere argüir que ella propendía al conocimiento público de las obras municipales, pues para ello está la cuenta pública; y la obra en análisis dista mucho de ser una cuenta pública.

Dadas las obligaciones impuestas al Alcalde en cuanto máxima autoridad municipal, su conducta debe ceñirse estrictamente a las disposiciones sobre probidad administrativa establecidas en la Ley 18.575, como asimismo a los procedimientos administrativos incluidos en la Ley 19.980.

El carácter autónomo de las Municipalidades no coloca a sus autoridades al margen del cumplimiento a normas preponderantes, de rango constitucional, que obligan a actuar dentro de su competencia y en la forma prescrita por la ley (artículo 7 Constitución Política).

Conforme a todo lo anterior, la alcaldesa estaba obligada a respetar y hacer respetar la normativa que regula el procedimiento de cobro de derechos adeudados al municipio, contenido en los artículos 40 y 41 N°5 de la Ley de Rentas Municipales, que no contempla en absoluto la modalidad utilizada en la especie, todo lo cual quedó refrendado en el Oficio N°007788 de 28 de noviembre de 2005, emanado de la Contraloría Regional de Valparaíso, acompañado como prueba por el Ministerio Público. Al no hacerlo, infringió gravemente los deberes que su alta investidura le imponía.

6. Comentarios finales

Como se ha podido ver, este caso tuvo múltiples aristas que no se habían planteado anteriormente desde el inicio de la Reforma Procesal Penal, lo que implicó tener que aplicar los criterios de interpretación jurídica en forma reiterada atendido a que, por una parte, algunas situaciones no habían sido expre-

samente reguladas por la ley, y por la otra, la regulación existente permitía más de una interpretación.

Ello implicó que el debate procesal se desarrollara en Juzgado de Garantía, Tribunal Oral en lo Penal, Corte de Apelaciones, Corte Suprema y Tribunal Constitucional, es decir, casi toda la gama de tribunales contempladas dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Si bien el resultado no fue favorable para el Ministerio Público, la jurisprudencia obtenida en las distintas instancias y sedes es muy valiosa desde el punto de vista sustantivo y también en lo procesal.

Desde el punto de vista del fondo, hay un gran desarrollo del tipo penal del cohecho por parte de funcionarios públicos con infracción a los deberes del cargo, lo que probablemente permitirá orientar futuras investigaciones y apoyar a las correspondientes decisiones jurisdiccionales.

En relación con aspectos procesales, una primera cuestión es la referida al desafuero previo a la formalización de la investigación. Al respecto, el Ministerio Público ha sostenido que no se requiere del desafuero previo para poder formalizar una investigación en contra de un parlamentario, situación que estimamos aún se encuentra pendiente de ser abordada por la jurisprudencia en forma definitiva.

Por otra parte, el Fiscal Nacional ha impartido criterio de actuación general a los fiscales en relación con la oportunidad para presentar la acusación y la solicitud de desafuero cuando éste procede al cierre de la investigación, llenando así, a nuestro juicio, un vacío legal existente sobre la materia.

Si bien es cierto que la situación de los coimputados no aforados presenta una dificultad para efectos de la realización de un solo juicio oral, estimamos que existen soluciones como las planteadas, las cuales permitirían obtener resultados eficientes y eficaces.

Sin perjuicio de otros temas procesales tratados precedentemente, creemos que uno de los más importantes es aquel referido a la prueba indiciaria en relación con el dolo.

Los delitos de corrupción siempre se encuentran muy relacionados al incumplimiento de deberes de carácter administrativo, y por consiguiente los imputados tienen a plantear su defensa desde esta última perspectiva, excluyendo el dolo penal. Asimismo, al darse dentro de la administración pública relaciones de jerarquía, quienes se encuentra subordinados frente a cargo superiores se ven muchas veces compelidos a realizar conductas a solicitud de aquellos, con la consecuencia posterior, como se vio en el juicio comentado, de que al momento de hacerse efectivas las responsabilidades, éstas finalmente recaen

sobre los ejecutores directos, amparándose las jefaturas en el desconocimiento de los actos de quienes dependen de ellos.

Lo anterior implica tener que recurrir fuertemente a la prueba mediante indicios, para efectos de acreditar tanto el dolo, como el conocimiento por parte de los superiores. Ello eleva el estándar probatorio a niveles difíciles de alcanzar, y se está traduciendo en sentencias absolutorias que no reflejan una voluntad de combatir con firmeza el flagelo de la corrupción.

El Ministerio Público continuará desarrollando su trabajo, guiándose por su misión institucional, los mandatos de su ley orgánica incluido el principio de objetividad, sorteando las dificultades procesales que se presenten e intentando obtener condenas en los casos de corrupción que lo ameriten. Es de esperar que seamos capaces de vencer el alto estándar probatorio que ha sido impuesto por parte de los tribunales.

UNIDAD ESPECIALIZADA DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS Y ESTUPEFACIENTES

DELITO DE DESVÍO DE SUSTANCIAS QUÍMICAS CONTROLADAS

Lorena Rebolledo Latorre 1

1. Prólogo

el 20 de diciembre de 1988 nuestro país suscribió en Viena, Austria, la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, y con fecha 20 de agosto de 1990 dicho tratado fue publicado en el Diario Oficial, pasando a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico.

Una de las características de la actual normativa antidrogas ha sido el de ajustar nuestra legislación a las recomendaciones de los organismos internacionales. Dichos organismos, como las Naciones Unidas o la Comunidad Europea, han apreciado la necesidad que el control por parte de las autoridades se verifique no sólo respecto de los estupefacientes y sicotrópicos propiamente tales, sino también respecto de aquellos productos químicos necesarios para la fabricación o producción de los mismos.

Esta preocupación llevó a la Convención de las Naciones Unidas de Viena de 1988 a imponer en su artículo 3.1 a) iv) a los Estados parte, la obligación de sancionar penalmente la fabricación, el transporte o la distribución de los denominados precursores, esto es, aquellos equipos, materiales y sustancias indispensables para el cultivo, producción y fabricación ilícitos de estupefacientes o sustancias sicotrópicas².

Asimismo, en el preámbulo de la Convención de Viena se considera la necesidad de adoptar "medidas de control con respecto a determinadas sustancias, como los precursores, productos químicos y disolventes, que se utilizan en la fabricación de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, y que, por la facilidad con que se consiguen, han provocado un aumento de la fabricación clandestina de esas drogas y sustancias".

¹ Abogada de la Unidad Especializada de Tráfico Ilícito de Drogas y Estupefacientes, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

² Instructivo general N°16 (Oficio 165), de fecha 2 de noviembre de 2000 sobre "delitos previstos en la Ley N°19.366, su investigación y el ejercicio de la acción penal pública". Este Oficio fue derogado mediante la dictación de la "Instrucción General que imparte criterios de actuación en delitos de la Ley N°20.000", Oficio FN N°61, de fecha 30 de enero de 2009; sin embargo, hemos considerado agregar la cita del Oficio N°16 dado que se trata de información doctrinaria que mantiene su vigencia.

¿Cuándo nace la figura de tráfico de precursores en el derecho penal chileno?

Con la dictación de la Ley N°19.366 —antigua Ley de Drogas— aparece por primera vez este tipo penal en Chile, sancionándose el desvío de precursores y sustancias químicas esenciales con fines ilícitos, realizado a sabiendas de su utilización con tal objeto.

Posteriormente, con la dictación de la Ley N°20.000³ se incluyó por primera vez normas de control o fiscalización de sustancias químicas. Asimismo, la figura delictiva se modifica, conteniendo el tipo penal doloso, dos elementos subjetivos: a) el sujeto activo debe actuar con el objetivo de destinar los precursores y sustancias químicas esenciales a la preparación de drogas, b) para ejecutar dentro o fuera del país alguno de los hechos considerados como delitos en la nueva ley. Se agrega finalmente, la posibilidad de comisión culposa, según veremos más adelante.

Como puede apreciarse, el actual artículo 2º de la Ley N°20.000 no contempla la expresión "a sabiendas", eliminándose por consiguiente la posibilidad de discusión sobre la exigencia del dolo directo en este tipo de ilícitos.

En este contexto, el profesor Hernández plantea:

"...tal expresión junto con otras equivalentes -como "sabiendo", "constándole", "conociendo", "con conocimiento de causa", y otras como "maliciosamente" o con "malicia" se ha interpretado a veces como exigencia de dolo directo".

Sin embargo, esta posición no es mayoritaria en la doctrina nacional.

"...Así, por ejemplo, en el caso de Politoff, en su importante monografía sobre los elementos subjetivos del tipo se podía leer que "se encuentran con frecuencia en las leyes penales expresiones como a sabiendas u otras equivalentes (scientemente, wissentlich), cuyo alcance suele ser bastante menos significativo del que se le atribuye. La mayor parte de las veces se tratará de una simple tautología (repetición en la figura de la exigencia del elemento intelectivo del dolo); alguna otra se la usa 'para distinguir una determinada figura delictiva dolosa del idéntico tipo descriptivo de naturaleza culposa. Todavía puede significar la exclusión de una forma de culpabilidad (culpa, por ejemplo, o dolo eventual)"."4

Ahora bien, la descripción típica además posibilita la "comisión culposa o imprudente", desconociendo el sujeto activo, el destino de los precursores o de las sustancias químicas esenciales por negligencia inexcusable.

^{3 &}quot;Que sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas", publicada con fecha 16 de febrero de 2005.

⁴ Hernández Basualto Héctor: "El Delito de Lavado de Dinero" Ministerio Público. Informes en Derecho. 1ª Edición. Santiago, Chile, 2005, P. 329-332. (párrafo entre comillas: Politoff, Sergio: Los elementos subjetivos del tipo legal, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1965, p.96).

Cabe agregar que, el desvío de precursores, tal como ocurre con otros delitos previstos en la Ley de Drogas, se complementa, a través de una norma reglamentaria (D.S.N°1358/2007), la que, en su artículo 2º contempla sesenta y cinco sustancias químicas tales como, el ácido lisérgico, acetona, ácido sulfúrico, ácido clorhídrico, permanganato de potasio, efedrina, seudoefedrina.

2. Legislación aplicable

2.1 Nacional

En el ámbito nacional distinguimos a este respecto, en cuanto al tipo penal y, en cuanto a las normas de control o fiscalización de sustancias químicas⁵.

2.1.1 Tipo penal:

- Ley N°20.000 Que Sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, publicada con fecha 16 de febrero de 2005. Este cuerpo normativo describe y sanciona el delito de tráfico de sustancias químicas controladas en su artículo 2°.
- Reglamento de la Ley de Drogas, Decreto N°1358, Establece normas que regulan las medidas de control de precursores y sustancias químicas esenciales dispuestas por la Ley N°20.000 que sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, publicado con fecha 17 de abril de 2007. Su artículo 2° contiene un listado taxativo de precursores y sustancias químicas esenciales, cuyo desvío prohíbe la Ley N°20.000.

2.1.2 Normas de control:

- Ley N°20.000 que Sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas; contiene en su párrafo 3°, Título V (Artículos 55 a 60) "las medidas de control de precursores y sustancias químicas esenciales", entre las que se destacan:
 - La creación de un registro especial⁶ en el cual deberán inscribirse las personas naturales o jurídicas que requieran operar⁷ con sustancias químicas controladas.

⁵ Denominación genérica para precursores y sustancias químicas esenciales, según lo establecido en el artículo 1º del Decreto N°1358.

⁶ Véase el artículo 3º del citado Reglamento de Precursores, y la página www.conace.cl

⁷ Se incluyen en esta obligación de inscripción las actividades de: producción, fabricación, preparación, importación y exportación, quedando fuera la distribución, transporte y comercialización.

- Los requisitos para acceder a la aludida inscripción. Asimismo, se regulan los casos en que ella podrá denegarse, suspenderse o cancelarse.
- La obligación de los inscritos, de mantener un inventario de existencias y, una relación completa y actualizada del movimiento que experimenten las sustancias químicas con las que realizan sus actividades.
- Notificaciones, tratándose de operaciones de importación y exportación.
- Listado de precursores y sustancias químicas esenciales.
- Deber de informar a las autoridades competentes, operaciones sobre las cuales los inscritos, tengan certeza o indicio de que sustancias químicas sujetas a control puedan ser desviadas a la fabricación ilícita de drogas.

Ha sido objeto de preocupación por el órgano de persecución penal, la norma de control establecida en la Ley de Drogas – aludida anteriormente, referida a la obligación de inscripción en el "Registro Especial de Usuarios de Sustancias Químicas Controladas", de aquellas personas naturales y jurídicas que produzcan, fabriquen, preparen, importen o exporten sustancias químicas fiscalizadas, quedando fuera de este control administrativo aquellas que: distribuyan, transporten o comercialicen dichas sustancias.

En efecto, el Fiscal Nacional ha presentado observaciones a proyectos de ley que modifican la legislación de drogas en materia de sustancias químicas sujetas a control, cubriéndose precisamente las actividades de distribución, comercialización y transporte de insumos químicos controlados.

• Reglamento de la Ley de Drogas, Decreto N°1358, establece normas que regulan las medidas de control de precursores y sustancias químicas esenciales dispuestas por la Ley N°20.000 que sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas. Dicha norma regula entre otros aspectos, el listado de precursores y sustancias químicas esenciales catalogadas como susceptibles de ser utilizadas para la fabricación ilícita de drogas, las características del registro especial; el período de renovación de las inscripciones; la forma, plazos y otras modalidades con que se ejecutarán las obligaciones impuestas a los usuarios inscritos; las normas relativas a su control y fiscalización y la coordinación con el Servicio Nacional de Aduanas y demás entidades públicas con competencia relativa al control del movimiento de las sustancias químicas sujetas a control⁸.

⁸ Artículo 58 de la Ley N°20.000.

2.2 Internacional

Sobre el particular, encontramos los siguientes instrumentos internacionales:

- Convención Única de Naciones Unidas de 1961 sobre Estupefacientes, que dispone en su artículo 2° numeral 8 "Las partes harán todo lo posible para aplicar las medidas de fiscalización que sean factibles a las sustancias no sujetas a las disposiciones de esta Convención, pero que puedan ser utilizadas para la fabricación ilícita de estupefacientes". 9
- Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de Viena de 1971, que dispone en su artículo 2° numeral 9 "Las partes harán todo lo posible para aplicar las medidas de supervisión que sean factibles a las sustancias no sujetas a las disposiciones de este Convenio pero que puedan ser utilizadas para la fabricación ilícita de sustancias sicotrópicas".
- Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas. Viena, 1988. Los artículos 12 a 19 de la Convención, contienen normas básicas a las que deberá adaptarse la legislación interna sobre precursores emanada de los Estados parte. En el artículo 12 tras acordarse que las Partes adoptarán las medidas que se estimen adecuadas para evitar la desviación de las sustancias que figuren en el Cuadro I y II, regula el procedimiento a través del cual pueda modificarse la relación de productos incluidos en dichos cuadros; bien suprimiendo alguno de ellos; integrando otros, o simplemente trasladarlos de uno a otro. 10
- Reglamento Modelo para el Control de Sustancias Químicas que se Utilizan en la Fabricación Ilícita de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, de la Organización de los Estados Americanos, 1999. Según lo dispuesto en su artículo 1º " El presente Reglamento Modelo tiene por objeto controlar y vigilar la producción, fabricación, preparación, transformación, almacenamiento, importación, exportación, comercialización, transporte y cualquier otro tipo de transacción, tanto nacional como internacional, de las sustancias químicas que se utilizan con frecuencia en la producción, fabricación, preparación o extracción ilícita de estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras de efecto semejante".

3. Figura penal

como se señaló, el delito de tráfico de precursores se encuentra descrito y sancionado en el artículo segundo de la Ley N°20.000 que reza lo siguiente:

⁹ Enmendada por el Protocolo de 1972.

Sequeros Sazatornil Fernando: "El Tráfico de Drogas ante el Ordenamiento Jurídico". Editorial La Ley-Actualidad, S.A. Madrid, España, 2000, p. 265.

"La producción, fabricación, elaboración, distribución, transporte, comercialización, importación, exportación, posesión o tenencia de precursores o de sustancias químicas esenciales, con el objetivo de destinarlos a la preparación de drogas estupefacientes o sustancias sicotrópicas para perpetrar, dentro o fuera del país, alguno de los hechos considerados como delitos en esta ley, será castigado con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales.

Si alguna de las conductas descritas en el inciso anterior se hubiere realizado sin conocer el destino de los precursores o de las sustancias químicas esenciales por negligencia inexcusable, la pena será de presidio menor en sus grados mínimo a medio".

La conducta contempla varias hipótesis, a saber: producción, fabricación, elaboración, distribución, transporte, comercialización, importación, exportación, etcétera.

Este delito tiene su origen en la "Convención de Viena de 1988"¹¹, en las siguientes disposiciones:

Artículo 3°, que se refiere a los delitos y sanciones;

- 1. Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente:
- a) iv) La fabricación, el transporte o la distribución de equipos, materiales o de las sustancias enumeradas en el Cuadro I y el Cuadro II, a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitos de estupefacientes o sustancias sicotrópicas o para dichos fines

Y,

- c) A reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico:
- ii) La posesión de equipos o materiales o sustancias enumeradas en el Cuadro I y el Cuadro II, a sabiendas de que se utilizan o se habrán de utilizar en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitos de estupefacientes o sustancias sicotrópicas o para tales fines.

Parte de la doctrina nacional estima que este delito tiene naturaleza de acto preparatorio especialmente punible y que ello queda de manifiesto por la distancia existente entre su objeto material y el peligro que se pretende evitar, el tráfico ilícito de estupefacientes.¹²

¹¹ Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, promulgada en nuestro país con fecha 31 de mayo de 1990. Dto-543.

¹² Politoff/Matus/Ramírez: "Lecciones de Derecho Penal Chileno" Parte Especial. Segunda edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2004, P. 599-600.

4. Bien jurídico protegido

este delito afecta la salud pública, vale decir "la salud física y mental de aquel sector de la colectividad que pueda verse afectado por el efecto nocivo de las sustancias prohibidas. La medida de peligro para estos bienes jurídicos se encuentra en la posibilidad de la difusión incontrolable de las sustancias prohibidas, ya que de ese modo tales sustancias son puestas ilícitamente a disposición de los consumidores finales".¹³

En Chile, la salud pública se ha visto y se ve seriamente afectada, a través del mercado ilícito y consumo de diversas drogas. Tal es el caso de la *cocaína*, en cuyo proceso de elaboración convergen variadas sustancias químicas. En otros países ocurre igual fenómeno, por ejemplo, con la producción ilícita de *metanfetaminas*; caso de México, y Estados Unidos como importador de éste.

5. Objeto material del delito

el objeto material lo constituyen los precursores y las sustancias químicas esenciales contempladas en el artículo 2º del Reglamento de la Ley de Drogas, Decreto N°1358.

Corresponde entonces formularnos la siguiente pregunta:

¿Qué son los precursores y qué son las sustancias químicas esenciales?¹⁴

Según la definición entregada por el propio Reglamento 1358, se entiende por precursores "Las sustancias químicas que pueden utilizarse en la producción, fabricación y/o preparación de drogas estupefacientes o sicotrópicas, incorporando su estructura molecular al producto final, por lo que resultan fundamentales para dichos procesos".

Y por sustancias químicas esenciales: "Las sustancias químicas que no siendo precursores, tales como solventes, reactivos o catalizadores, pueden utilizarse en la producción, fabricación, extracción y/o preparación de drogas estupefacientes o sicotrópicas".

Un precursor, por ejemplo es el ácido lisérgico, que se utiliza en la elaboración de LSD (Dietilamida del ácido lisérgico). En la misma situación encontramos

¹³ Politoff/Matus/Ramírez, 573-574.

¹⁴ Escobar Raúl Tomas: "Diccionario de Drogas Peligrosas" Editorial Universidad. Buenos Aires, Argentina., 1999, P. 266: Precursores Químicos. Se parecen en su estructura a la sustancia buscada y formarán parte de la molécula definitiva. Los *reactivos* (ácidos clorhídricos, acético, nítrico, sulfúrico, cítrico, permanganato de potasio, aminas, urea, soda cáustica, formilaminas) son ácidos reductores, catalizadores, que no necesariamente permanecerán en el nuevo compuesto. Los *disolventes* (acetona, amoníaco, cloroformo, toluenos, querosene, éter etílico, trementinas) purifican el producto al ser capaces de separar otras sustancias más solubles en agua que la droga final...".

a la efedrina y seudoefedrina; ambos precursores son utilizados en la elaboración ilícita de metanfetaminas, sea a través de la sustancia pura, o extraída de productos farmacéuticos.

Una sustancia química esencial es el ácido sulfúrico, que se utiliza en la elaboración de la cocaína. Resulta importante señalar que su uso no puede ser sustituido en la producción de esta droga. En la elaboración de la cocaína se utilizan sustancias químicas esenciales, para llegar al estado de base o clorhidrato.¹⁵

Las sustancias químicas –en términos generales– son utilizadas mundialmente como insumos industriales para la fabricación de gaseosas, fármacos, artículos de limpieza, pinturas, entre otros productos. Por ello, lo que se pretende controlar es el mercado de estas sustancias que pueden ser desviadas hacia la elaboración ilegal de drogas.

Los precursores y las sustancias químicas esenciales han sido listados en los Cuadros I y II de la Convención de Viena de 1988. En ellos, se incluyen sustancias tales como el ácido lisérgico, efedrina, permanganato potásico, seudo-efedrina, acetona, ácido clorhídrico, ácido fenilacético, ácido sulfúrico.

Nuestro reglamento contiene un listado bastante más amplio que los cuadros citados de la Convención de Viena.

6. Jurisprudencia

bajo el sistema de enjuiciamiento criminal antiguo, el Primer Juzgado del Crimen de Arica, en sentencia de fecha 25 de junio de 1997, condenó a *Francisco Basy-Galup Barbas y a Lisandro Solar Tapia* como autores del delito de desvío de precursores y sustancias químicas esenciales (exportación ilícita de acetona). Sin embargo, la Excma. Corte Suprema en fallo de fecha 9 de marzo de 1998¹⁶, condenó en definitiva a los acusados por el delito de tráfico ilícito de materias primas destinadas a la elaboración de drogas contemplado en el artículo 5º de la Ley N°19.366.

De esta manera, la Corte no dio aplicación al artículo 6° de la Ley N°19.366, por no encontrarse al momento de la comisión de los hechos, promulgado el

¹⁵ Oropesa Ortuño Leopoldo/Oropesa García Juan Carlos/Oropesa García Fernando: "Manual Internacional de Investigación y Control Químico Antinarcóticos" Editorial FTM tifranet@hotmail.com. La Paz, Bolivia, 2005, pp. 66-67. En Bolivia, en el llamado Método de extracción Chimoré 2005, para la elaboración clandestina de cocaína base, se ha reemplazado el permanganato de potasio por agua, es decir, "en lo relativo a la oxidación con permanganato que hasta hace poco constituía el paso primordial para la separación de todas las impurezas oxidables, hoy bajo este método se valen de la fusión (paso al estado líquido) de la cocaína base que obtienen en presencia de agua pura, realizan una especie de "lixiviación" mediante la cual separan todas las impurezas en una forma parecida a una sustancia aceitosa, como una capa de grasa en la superficie…".

¹⁶ Causa ROL N°3391-97.

D.S. N°565/1995 (Justicia), que definió reglamentariamente los precursores a que se refiere la ley. Sostuvo que la misma conducta: exportación de acetona a un productor de estupefacientes extranjero, podría entenderse un caso de tráfico ilícito en sentido estricto, conforme al artículo 5° de la Ley de Drogas, por tratarse de transferencia de materias primas destinadas a la elaboración de drogas¹⁷.

Bajo este mismo sistema además podemos citar el fallo de fecha 16 de marzo de 2006, dictado por el Segundo Juzgado de Letras de Iquique, que condenó a *Pedro Brito Correa* y a Guido Banchero Narea como autores del delito de desvío de precursores químicos (exportación ilícita de acetona); sin embargo la Iltma. Corte de Apelaciones en sentencia de 18 de julio de 2006 resuelve absolver al acusado Banchero Narea.

En reforma procesal penal, encontramos hasta la fecha –junio de 2010– veintiséis condenas por desvío de precursores, sin embargo, no podemos dejar de mencionar que estas sentencias resultan escasas, y ello tiene una explicación lógica, pese a la cercanía de nuestro país de dos grandes productores de droga, Perú y Bolivia, y es que sólo a partir del año 2005 se incluyeron en la Ley de Drogas normas de fiscalización de sustancias químicas controladas. De esta manera se evidencia la falta de control administrativo que existía en nuestro país hasta febrero del año 2005, fecha de dictación de la nueva Ley de Drogas.

7. Comentarios

la posición geográfica de Chile, limítrofe con Perú, Bolivia y Argentina, asimismo la situación de tránsito aéreo, terrestre y marítimo de drogas y de sustancias químicas controladas, ha llevado al Estado chileno a suscribir diversos convenios de asistencia internacional, a fin lograr una eficaz persecución penal. De esta forma podemos citar la varias veces nombrada "Convención de Viena de 1988", el "Acuerdo sobre Control, Fiscalización y represión del Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas y Productos Químicos Esenciales y Precursores, entre los Gobiernos de la República de Chile y la República de Bolivia¹⁸", el "Protocolo de Cooperación Interinstitucional sobre Remesas o Entregas Controladas o Vigiladas y otras diligencias investigativas Especiales entre el Ministerio Público de Chile y el Ministerio Público del Perú en relación al Convenio Marco suscrito entre ambas instituciones¹⁹", el

¹⁷ Politoff Sergio/Matus Jean Pierre: "Lavado de Dinero y Tráfico Ilícito de Estupefacientes" Editorial LexisNexis Santiago, Chile, 1999, p. 217.

¹⁸ DTO-1604, publicado con fecha 23.12.1994.

¹⁹ Suscrito con fecha 23 de octubre de 2007 (instrumento que sustituyó íntegramente al firmado con fecha 26 de julio de 2006). En esta misma fecha, se suscribió el "Protocolo de Cooperación Interinstitucional sobre Remesas o Entregas Controladas o Vigiladas y otras diligencias investigativas Especiales entre el Ministerio Público de Bolivia y el Ministerio Público de Chile en relación al Convenio Marco suscrito entre ambas instituciones".

"Convenio entre la República de Chile y la República Argentina sobre Prevención del Uso Indebido y Represión del Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas²⁰", entre otros, por citar sólo los acuerdos referidos a los países limítrofes con Chile²¹.

No hay que olvidar además la incorporación de normas de fiscalización en la Ley de Drogas. Con ello, las personas naturales o jurídicas que requieran producir, importar o exportar sustancias químicas sujetas a control, deberán estar inscritas en un registro especial previo cumplimiento de requisitos exigidos para la respectiva incorporación. Asimismo, les asiste la obligación de comunicar inmediatamente a las autoridades competentes cualquier operación de las que sea parte y sobre la cual tengan certeza o indicio de que precursores o sustancias químicas esenciales, puedan ser desviadas para la fabricación ilícita de drogas estupefacientes o sicotrópicas, absteniéndose de realizar la operación sin efectuar previamente la comunicación. Debiendo especialmente informar cuando se trate de cualquier operación, acto o transacción inusual o carente de justificación, sea que se realice en forma aislada o reiterada²².

Estas y varias normas reglamentarias harán más expedita la investigación del delito de desvío de precursores, lo que sin duda será un logro para nuestro país, pues de esta forma además podremos combatir la droga que ingresa a través de los países productores.

Por último, cabe hacernos la siguiente pregunta: ¿Sin químicos hay drogas? La respuesta parece bastante simple, sin químicos no puede producirse Cocaína, LSD, Anfetaminas, Metanfetaminas, Heroína, Éxtasis, por citar las drogas más conocidas.

²⁰ DTO-1509, publicado con fecha 23.12.1994.

²¹ Véase el "Compendio de Legislación sobre el Control y Fiscalización de Sustancias Químicas y Precursores". Operación Seis Fronteras. Editorial Comité de Seguimiento Operación Seis Fronteras. La Paz, Bolivia, 2004.

²² Véase el artículo 60 de la Ley N°20.000 y 7º del Reglamento N°1.358.

COMENTARIO AL FALLO DICTADO POR LA CORTE SUPREMA EN EL CUAL SE ANALIZA LA TEORÍA DE LA ILICITUD DE LA PRUEBA Y LA ACTUACIÓN DE AGENTES ENCUBIERTOS EN EL MARCO DE LA LEY N°20.000

Ximena Marcazzolo Awad¹

Comentario:

I.- Introducción

En esta oportunidad hemos estimado pertinente efectuar un breve comentario del fallo pronunciado por la Excelentísima Corte Suprema, en el ROL 1741-10, de fecha 25 de mayo de 2010. Ello, porque la aludida sentencia efectua un análisis de la institución del agente encubierto contemplado en la Ley N°20.000, de la teoría de la ilicitud de la prueba y de las excepciones a la exclusión de medios probatorios, particularmente respecto de la *teoría de la fuente independiente*.

El mentado fallo es relevante entonces, por el acervo doctrinario que lo caracteriza y porque la Corte Suprema informa con bastante detalle del estado del debate actual en temas de alta complejidad teórica y práctica, como son los institutos mencionados en el párrafo precedente.

Adicionalmente, es del caso relevar que la Corte Suprema no emitía un fallo de tal envergadura sobre la técnica investigativa del agente encubierto contemplado en la Ley de Drogas, desde el año 2003². También hacemos presente que a la época de dictación de ese fallo, la Ley de Drogas vigente era la N°19.366.

II.- Antecedentes que dieron lugar al pronunciamiento de la sentencia:

El día 10 de febrero de 2010, en el caso RUC N°0900167194-1, el Tribunal Oral en lo Penal de la ciudad de Arica condenó a Yanina Furlong Escudero y Diana Pérez Helm, como autoras del delito de tráfico ilícito de drogas. Los hechos acreditados por el Tribunal Oral fueron los siguientes (considerando duodécimo):

"Que el 19 de febrero de 2009, las acusadas previamente concertadas, mantenían para la venta cerca de medio kilo de cocaína, para lo cual la acusada Diana Pérez ofreció dicho alcaloide a un agente encubierto previamente designado por el Ministerio Público, y que fuera contactado por Yanina Furlong, por la suma de un millón

¹ Abogada, Subdirectora Unidad de Tráfico Ilícito de Drogas, Fiscalía Nacional del Ministerio Público.

² CS ROL 1496-03 de 5 de junio de 2003.

de pesos. Tras el ofrecimiento las acusadas Yanina Furlong y Diana Pérez se reunieron con el agente encubierto para verificar que tuviera el dinero para la compra, y momentos más tarde indicaron al agente que debía concurrir al sector de Capitán Avalos con Rene Schneider junto con Yanina Furlong, lugar donde se reunieron con Diana Pérez y Anita Guzmán quienes subieron al vehículo del agente y le entregaron la droga, procediendo al (sic) agente a entregar el dinero a Diana Pérez. Ya en el sector central de la ciudad, las acusadas Diana Pérez y Anita Guzmán se bajaron del vehículo siendo detenidas a metros del lugar por personal policial quienes las sorprendieron con el dinero en su poder".

Como se mencionó, sobre esta base fáctica el tribunal condenó a dos de las tres las imputadas acusadas como **autoras del delito de tráfico ilícito de drogas**, tipificado en el artículo 3° de la ley 20.000.

Ambas condenadas recurrieron de nulidad para ante la Corte Suprema, en virtud de la causal consignada en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, esto es: "Causales del recurso. Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia:

a) Cuando, en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieran infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes..."

De acuerdo a lo esgrimido por ambos recurrentes, en sus respectivos e idénticos recursos de nulidad, la procedencia de la causal se motivaría en la conclusión a la que arribó el tribunal en la sentencia, en orden a que el agente encubierto actuó dentro de la esfera de sus competencias y atribuciones y que, en consecuencia, no se produjo vulneración del derecho de defensa.

En concreto, los recursos de nulidad interpuestos señalan que las garantías constitucionales que habrían sido conculcadas son las siguientes:

- La garantía de la presunción de inocencia
- La garantía constitucional del debido proceso

Ahora bien, la manera en que según los recurrentes se habrían infringido sustancialmente las mencionadas garantías fundamentales en la investigación criminal, se puede resumir de la siguiente manera:

a.- Infracción a la presunción de inocencia:

De acuerdo a lo sustentado por los recurrentes, se habría producido una infracción a la presunción de inocencia en el fallo por cuanto en el **considerando décimo**, al momento de validar la actuación del agente encubierto, descarta que el delito hubiera sido instigado por éste ya que el funcionario policial contaba con antecedentes que las imputadas se dedicaban a la comercialización de

drogas, "lo que implica que era una actividad ya asumida por las acusadas, y por ende, no es el agente quien con su conducta hizo nacer en las acusadas la voluntad de delinquir, pues dicho dolo ya existía".

Con ello, los recurrentes estiman que el fallo realiza una presunción de derecho acerca del "antecedente" con que contaba el policía, el cual sería suficiente prueba del dolo pre-existente de traficar de parte de las condenadas. A continuación, agrega que dicho antecedente jamás fue acreditado por cuanto el fallo dio por probado que el día 19 de febrero fueron sorprendidas con droga en su poder sin que se haga mención alguna al antecedente.

b.- La garantía constitucional del debido proceso:

La garantía constitucional del debido proceso, a juicio de la defensa, se habría visto vulnerada por las siguientes actuaciones:

- i.- Los recurrentes señalaron que los artículos 6 y 7 de la Constitución Política del Estado consagran el principio de legalidad de las actuaciones de los funcionarios del Estado, previa investidura regular de sus funciones y dentro del ámbito de su competencia. Agregando que por su parte, el artículo 19 N°3 inciso quinto garantiza el derecho a un proceso racional y justo.
- ii.-Las técnicas especiales de investigación contempladas en el artículo 25 de la Ley N°20.000, esto es, el agente encubierto y el revelador, sólo serían válidas bajo dos condiciones: autorización previa del Ministerio Público y sujeción estricta a la norma legal. Adicionalmente, agrega que el funcionario policial en el caso sublite se excedió, ya que, no obstante haber realizado actuaciones como agente revelador, fue designado como agente encubierto. Asimismo señala que son ilegales todas las actuaciones que realiza con anterioridad al 10 de febrero, momento a partir del cual se deja constancia de su designación.

La norma del artículo 25 consagraría un límite al poder estatal por cuanto proscribe que funcionarios no autorizados o fuera del ámbito de dicha autorización actúen en la indagación de estos delitos. La dificultad del caso radicaría en que la autorización es a partir del 10 de febrero y las tratativas habrían comenzado durante el mes de enero, por lo que habría un espacio de tiempo no cubierto por la autorización. Se sumaría a lo expuesto la afirmación de la defensa, en orden a que el agente habría conversado sobre sustancias ilícitas desde el mes de enero de 2009.

En virtud de lo expuesto, los recurrentes estiman que la actividad es ilícita, no obstante lo cual el Tribunal Oral de Arica estimó que la prueba es válida, ello en atención al principio de proporcionalidad (gravedad del delito) lo cual a juicio de la defensa se traduciría en que el tribunal respecto de la colisión producida entre persecución penal y garantías fundamentales, optó en su voto de mayoría por el primero de los mencionados.

iii.- Finalmente la defensa manifiesta su acuerdo con lo consignado en el voto de minoría, según el cual uno los magistrados estuvo por absolver a una de las imputadas (Yanina Furlong).

El voto de minoría argumenta sobre la base que, dado que el ámbito de acción de los agentes encubiertos y reveladores se encuentra delimitado, su actuación debe ceñirse a ello, por lo que debe anularse cualquier actuar abusivo o proactivo. En este sentido, el considerando final dispone:

"los antecedentes que dan origen a la transacción en la que participan las acusadas Pérez y Furlong, fueron obtenidas con anterioridad a la fecha en que se facultó al funcionario investigador para actuar como agente cooperador, por lo que todas las diligencias posteriores, como se desprenden de la teoría del árbol envenenado señalado por el voto de mayoría, fueron consecuencia y emanaron de un actuar ilegal, que impide valorar positivamente cualquier antecedentes obtenido en la etapa investigativa como ocurrió en este caso"

Finalmente, previo a efectuar nuestro comentario al fallo dictado por la Corte Suprema, es oportuno mencionar que durante la tramitación de este caso, específicamente durante la audiencia de preparación de juicio oral, el juez de garantía excluyó toda la prueba de la Fiscalía por estimar que ésta había sido obtenida con inobservancia de las garantías constitucionales. Frente a lo expuesto, se recurrió de Apelación y la Corte de Apelaciones de Arica revocó lo resuelto ordenando el reintegro de los medios de prueba al auto de apertura.

III.- Sentencia pronunciada por la Corte Suprema

En **la parte expositiva**, se señala que el recurso de nulidad se basó en la causal contemplada en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, al estimarse que la conclusión del tribunal relativa a afirmar la validez de la actuación del agente encubierto, durante la etapa de investigación, es errada y que existiría una vulneración al derecho de defensa de las imputadas.

Adicionalmente, a favor de sus tesis las partes recurrentes mencionan el voto de minoría, el cual estuvo por absolver a las condenadas. Dicho voto básicamente resume sus argumentaciones en el sentido que los antecedentes que dan origen a la transacción fueron obtenidos con anterioridad a la fecha en que el Ministerio Público autorizó la utilización de la técnica investigativa del agente encubierto, por lo que aplicando la teoría del fruto del árbol envenenado, todas las diligencias realizadas y las posteriores, fueron producto de una actuación ilegal, razón por la cual estiman que todos los antecedentes producidos durante la etapa investigativa, no deben ser tomados en consideración.

A continuación el fallo resume los argumentos, en el mismo orden, que el Tribunal Oral consideró para estimar válida la actuación del agente encubierto:

- 1.- El día 10 de febrero de 2009, el agente policial Ricardo Rodríguez Videla, fue autorizado por el Ministerio Público para actuar como agente encubierto.
- 2.- El agente policial reconoció en su declaración que antes de la fecha de su designación tomó contacto con una de las imputadas y que en dicha oportunidad se discutió la posibilidad de adquirir drogas.
- 3.- Adicionalmente, el funcionario mencionado también declaró que conocía la diferencia entre un agente revelador y un encubierto y que habiendo sido designado de esta última forma, se desempeñó como revelador.
- 4.- El funcionario policial no instigó la comisión del delito ya que existían antecedentes acerca que determinadas personas se dedicaban al tráfico de sustancias ilícitas.
- 5.- Si bien la actuación del agente puede tener reparos, es menester considerar la gravedad de la infracción y del delito, sopesándolo con una eventual violación de un derecho fundamental.
- 6.- La autorización concedida por el Ministerio Público valida las actuaciones erróneas del funcionario policial.
- 7.- Siempre existió la posibilidad (desde los primeros contactos) de requerir la autorización al Ministerio Público.

A continuación la sentencia explica como el recurrente vislumbra la infracción a garantías fundamentales, señalando que éste básicamente alega **dos transgresiones**:

La primera es a la **presunción de inocencia**, ya que el fallo da por cierto el antecedente relativo a que existía una intención de delinquir previa y por ende el agente policial no habría instigado la comisión del delito. Agrega, que en definitiva lo que hizo el Tribunal Oral es presumir la culpabilidad.

En segundo lugar se vulnera **el debido proceso**, ya que las técnicas investigativas contempladas en la Ley N°20.000 son válidas siempre que exista una autorización previa del Ministerio Público y se de cumplimiento a la normativa que la rige. Esto, no habría ocurrido ya que el Tribunal Oral validó la actuación de un agente que actuó al margen de la ley.

A continuación, la Corte Suprema se refiere al recurso de apelación que se interpuso en contra del auto de apertura de juicio oral que excluyó la prueba ofrecida por la Fiscalía en la acusación y la resolución de la Corte de Apelaciones de Arica, señalando literalmente en el considerando Séptimo: "...de manera que, como se advierte en el voto de mayoría de la decisión impugnada, el tema de la ilicitud de la prueba ha sido una cuestión que ya fue debatida y resuelta en sede de garantía, por lo que, existiendo una resolución ejecutoriada

que establece la licitud de la prueba, se trata de un elemento que no puede ser objeto de controversia nuevamente".

En este mismo sentido en el considerando décimo se señala: "...que la controversia en torno a la ilicitud de la prueba aportada por el Ministerio Público quedó resuelta de manera definitiva, una vez escuchados los argumentos de los intervinientes, con la resolución firme ya citada, que, al determinar su incorporación al auto de apertura del juicio oral, validó como lícita esa evidencia; en tal virtud, se trata de una materia que, a juicio de estos sentenciadores, no es factible del ser objeto de una nueva discusión en esta sede, ya que ella está entregada de modo privativo al juez de garantía y al tribunal de alzada, debiendo darse por concluido el debate sobre ese tópico"

Sin perjuicio de estas consideraciones, más adelante, el fallo señala que el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal le ha entregado a la Corte Suprema el encargo de velar por la protección de las garantías constitucionales, razón por la que en definitiva, cabe el pronunciamiento sobre estas materias no obstante lo expresado previamente.

Resolviendo derechamente las afirmaciones relativas a las supuestas afectaciones a la presunción de inocencia y a las normas del debido proceso, la Corte Suprema expresa:

En relación con la afectación de la presunción de inocencia, en la sentencia se señala que la decisión recurrida no le otorgó a la declaración del funcionario policial tal calidad (de presunción de derecho), sino que valora ésta con el conjunto de probanzas que se allegan al juicio oral y sobre la base de esa valoración efectúa la conclusión que se impugna.

En segundo lugar, esto es, respecto de la ilicitud de la actuación del agente encubierto y la posterior contaminación al resto de los medios de prueba, sobre la base de la aplicación de la teoría del fruto del árbol envenenado, señala que el concepto de prueba ilícita se basa en la colisión que existe entre la investigación de los delitos y el respeto por los derechos fundamentales. Agregando, que el juez de garantía debe excluir las pruebas obtenidas con vulneración de los derechos fundamentales y las invocadas por los recurrentes efectivamente tienen el carácter de derechos esenciales.

A continuación, la sentencia menciona que previo a resolver una eventual exclusión de la prueba resulta necesario determinar si se incurrió en alguna ilicitud al momento de obtenerla, lo que en el caso de marras supone establecer si la actuación del agente encubierto se ajustó o no a la normativa que lo rige y luego de establecido aquello se puede determinar, en caso que se estime ilícita, si ésta debe o no ser excluida.

Razonando acerca de la licitud de la actuación del agente, el fallo entrega las definiciones legales del agente encubierto y del revelador, para posteriormente

señalar en el considerando vigésimo primero: "Que la evidencia obtenida como efecto de las diligencias de investigación realizadas el día 19 de febrero de 2009, constituye una prueba lícita, toda vez que el agente encubierto había obtenido la autorización previa del Ministerio Público y los demás agentes actuaron con estricto acatamiento a la ley. Tales pruebas, que condujeron a acreditar de modo directo, una transacción comerciales de droga, representan sin duda el antecedente más poderoso de todos los reunidos en orden a establecer la existencia del hecho punible y la participación de las acusadas involucradas en ese acto de tráfico, reconocida por ellas. En tal virtud, no cabe siquiera insinuar la aplicabilidad de la norma sobre exclusión de la prueba".

Posteriormente, en el considerando vigésimo segundo, respecto de las actuaciones realizadas por el funcionario policial antes de su designación, expresa las siguientes ideas fundamentales:

- 1.- En un Estado de Derecho es fundamental que existan prohibiciones de prueba que se basen en el respeto de los derechos fundamentales de la persona humana. Ello, no es óbice para que en el marco de la administración de justicia penal existan ciertas limitaciones a dichas garantías fundamentales, ya que de otro modo no podría cumplirse con dicha función.
- 2.- Las reglas de exclusión de pruebas admiten límites, no aplicándose de manera absoluta. Dichas restricciones son criterios que provienen de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos.
- 3.- Nuestro Código Procesal Penal no menciona reglas de excepción a las de exclusión de la prueba ilícita.
- 4.- La Teoría del fruto del árbol envenenado se basa en el establecimiento de un vínculo causal entre la infracción constitucional y la obtención de las pruebas.
- 5.- Las excepciones son: el descubrimiento inevitable, la fuente independiente y la conexión atenuada.
- 6.- La doctrina alemana acepta además la aplicación del principio de proporcionalidad que se fundamenta en la ponderación de los derechos o intereses que se encuentran en conflicto.

A continuación, en el considerando vigésimo tercero, la Corte Suprema aplicando la doctrina de la fuente independiente estima que la prueba obtenida por el funcionario policial, aun actuando sin designación, en sus primeros contactos con las imputadas, se estima válida ya que "... el conocimiento de los hechos se había obtenido con anterioridad mediante una fuente independiente, como lo era del relato de un informante. Cuando se posee información o material probatorio preexistente al momento de una actuación tachable de ilegal, no procede excluir la prueba obtenida, ya que ésta no es un fruto de la ilicitud. En este evento no se da

una relación causal concreta y determinada entre la ilicitud de base y el material probatorio que se pretende excluir (Hernández, cit. p.p. 22, 77 y 78), cual es en este caso el obtenido el día que se llevó a cabo la venta de la droga al policía encubierto. La evidencia supuestamente calificable de ilícitamente obtenida sirvió para confirmar sospechas previas y focalizar la investigación en determinadas imputadas, por lo que la ausencia de un nexo causal concreto impide la exclusión de las pruebas legítimamente obtenidas...".

Complementando lo expuesto en los considerandos anteriores y recogiendo uno de los argumentos del voto de mayoría del Tribunal Oral, se señala que es propio del rol de los agentes encubiertos, el realizar labores de indagación, las cuales no son constitutivas de una participación o motivación a la comisión de hechos ilícitos, como sería el ejemplo de simular una amistad.

Finalmente, y como conclusión de lo razonado precedentemente, la Corte rechaza ambos recursos interpuestos, pronunciándose derechamente respecto de la validez de las pruebas allegadas al procedimiento.

Lo anterior sin perjuicio del voto en contra del Ministro Sr. Segura que estuvo por acoger el recurso de nulidad por compartir los argumentos vertidos en el voto de minoría³.

IV.- Palabras finales respecto del fallo

Como pudo apreciarse de la relación del fallo de la Corte Suprema y los antecedentes que le dieron origen, se trata de una sentencia que describe con bastante meticulosidad aspectos muy relevantes de la moderna doctrina y jurisprudencia procesal penal.

En efecto, la teoría del fruto del árbol envenenado con la consecuente exclusión de medios de prueba a la que da origen y las excepciones a dicha exclusión, son un tópico esencial en la doctrina y jurisprudencia procesal nacional a partir de la reforma procesal penal⁴.

A mayor abundamiento, resulta de gran relevancia que el máximo tribunal⁵ de nuestro país efectúe un reconocimiento de la Teoría del fruto del árbol envene-

- 3 En el voto de minoría, consignado en el último considerando del TOP de Arica, el Magistrado Pablo Aceituno estuvo por absolver a las imputadas que fueron condenadas básicamente por dos razones: 1) los agentes encubiertos deben actuar dentro del marco de sus atribuciones y se debe instar por evitar el actuar "proactivo" de éstos; 2) los medios de prueba gracias a los que se condenó a las imputadas, fueron obtenidos con anterioridad a la designación del Ministerio Público, por lo que aplicando la teoría del fruto del árbol envenenado debieran excluirse todas al emanar causalmente de un evento ilegal.
- 4 En menor medida también se han instalado estas discusiones en la nueva justicia de familia y laboral.
- 5 En este sentido, la Corte Suprema en el caso ROL N°5435-07 de 11 de diciembre de 2007 se había pronunciado respecto de la teoría del fruto del árbol envenenado, en el siguiente sentido:"Es cierto que, en términos generales, la ilegalidad de una actuación, debiera

nado, las reglas de exclusión (causalidad), las excepciones a esta exclusión y a la Teoría alemana de la proporcionalidad. Ello, considerando que la disposición que formalmente regula la exclusión de pruebas durante el proceso penal es el artículo 276 del Código Procesal Penal, el cual no menciona expresamente ninguna de estas doctrinas.

En este sentido, si se observa el artículo 276 del Código Procesal Penal, el fundamento de la exclusión de la prueba ilícita lo es por una infracción o violación a las garantías constitucionales al momento de su obtención, mas no se refiere a la conexión de las pruebas o criterio de causalidad, ni menos a las excepciones a las cuales la jurisprudencia y doctrina han dado reconocimiento.

No obstante lo expuesto, tanto la jurisprudencia como la doctrina han tomado la opción de recoger las teorías tantas veces mencionadas e incorporarlas a sus decisiones como fundamentos de las mismas. Esto que podría ser considerado baladí, es de suma importancia ya que permite darle vida y aplicación práctica a un sistema procesal penal que se erige como garante del Estado Democrático Derecho que le dio origen y cuya validez obviamente depende del respeto de los derechos básicos de la persona humana.

Ahora bien, en el mismo orden de ideas, destacamos las menciones que se efectuaron en el fallo del Tribunal Oral de Arica y en el la Corte Suprema al "test de proporcionalidad alemana" que permite evaluar la ilicitud de un medio de prueba sobre la base del análisis de las garantías fundamentales en colisión.

También, hacemos presente el criterio interpretativo muy claro respecto de qué debe entenderse por la regla de excepción a la exclusión denominada fuente independiente.

Como es sabido, la fuente independiente se produce cuando en el proceso penal es posible arribar por medios probatorios legales al acto que se estima violatorio de una garantía constitucional, es decir, que no obstante existir una vinculación causal con el acto ilegal, es dable arribar por una vía lícita al mismo y por ende no debe ser excluido.

conducir a la ilegalidad de toda la prueba que de aquella derive, porque sólo en ese caso sería posible sostener la inexistencia de violación alguna de garantías constitucionales y derechos reconocidos en tratados internacionales. La ilegalidad alcanza a toda prueba directa o indirecta, mediata o inmediata derivada de la ilegalidad original. Pero es discutible aquello que debe entenderse por fruto de la ilicitud. A ese efecto y como sostiene el profesor Héctor Hernández Basualto en su libro La Exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno (...) Es cierto que, en términos generales, la ilegalidad de una actuación, debiera conducir a la ilegalidad de toda la prueba que de aquella derive, porque sólo en ese caso sería posible sostener la inexistencia de violación alguna de garantías constitucionales y derechos reconocidos en tratados internacionales (...) debe establecerse una concreta relación causal entre la ilicitud de base y el material probatorio cuya exclusión se discute y probablemente, además, debe valorarse la calidad de esa relación".

Adicionalmente y como segundo tópico de interés, la Corte Suprema se pronunció sobre el instituto del agente encubierto resolviendo, entre otros temas, que son válidas las tratativas previas que no signifiquen realizar actividades de tráfico.

En virtud de la importancia de los temas brevemente reseñados en este comentario, relativos al fallo de marras, prevemos que la discusión y estudio del mismo recién está iniciándose, siendo muy probable que nosotros mismos sigamos haciendo referencia a éste y, dando cuenta de la influencia que pueda originar en los tribunales de jerarquía inferior.

Sentencia:

Santiago, veinticinco de mayo de dos mil diez.

Vistos:

Por sentencia de diez de febrero de dos mil diez, dictada en la causa RUC N°0900167194-1, RIT N°348-2009, por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, conformado por los Jueces Pablo Aceituno Romero, quien actuó como presidente, Héctor Cecil Gutiérrez Massardo, encargado de la redacción y Carlos Rojas Staub, se condenó a Diana Andrea Pérez Helm, chilena, cédula de identidad N°14.324.162-9, de 33 años de edad, soltera, comerciante, domiciliada en Calle Las Cocharcas N°1679, Población Cerro Chuño de Arica, a sufrir la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, accesorias legales pertinentes y al pago proporcional de las costas del juicio como de una multa ascendente a veinticuatro unidades tributarias mensuales; en tanto que respecto de Yanina Soledad Furlong Escudero, argentina, cédula de identidad N°14.663.130-4, de 30 años de edad, soltera, comerciante, domiciliada en Humberto Gross N°1912 de Arica, se le impuso la de cinco años y un

día de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias legales correspondientes y al pago proporcional de las costas del juicio como de una multa ascendente a veinticuatro unidades tributarias mensuales; dadas las extensiones de las penas impuestas no se les concedió ninguno de los beneficios que contempla la Ley N°18.216. Finalmente, en lo que toca a la acusada Anita María Guzmán Jonquera, chilena, de 20 años de edad, C.I.N°17.369.131-9, estudiante, soltera, domiciliada en Pasaje 8, casa N°0479 de Arica, se dictó sentencia absolutoria en su favor.

En contra de la indicada resolución, la abogada Paola Sepúlveda Santibáñez, de la Defensoría Penal Pública Licitada, en representación de la sentenciada Furlong Escudero, dedujo a fojas 14 y siguientes, recurso de nulidad, invocando como única causal la contemplada en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, al haberse conculcado la presunción de inocencia y el principio del debido proceso ante la actuación ilegal de un agente encubierto. A su tiempo, el otro recurrente, abogado Nelson Saavedra Contreras de la Defensoría Penal Pública, actuando en representación de la condenada Pérez Helm, presentó su libelo a fojas 21

y siguientes, apoyándolo en la misma causal citada en el anterior recurso.

Declarados admisibles los señalados recursos por resolución que rola a fojas 35, se fijó día para la audiencia, la que tuvo lugar el miércoles 5 de mayo recién pasado, luego de lo cual, oídos que fueron los intervinientes, quedaron los autos para fallo.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, como se indicó, en el recurso promovido por la defensa de Yanina Soledad Furlong Escudero, se invoca la causal de nulidad contemplada en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, que concurre cuando en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por lo tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.

El motivo de invalidación esgrimido se vincula a la conclusión del tribunal de que el agente encubierto que intervino durante la etapa de investigación había actuado dentro de la esfera de su competencia y atribuciones, por lo que no ha existido una vulneración del derecho de defensa de la condenada.

El recurrente destaca el voto de minoría del fallo impugnado, en el cual el magistrado que lo suscribe entiende que "los antecedentes que dan origen a la transacción en que participaron las acusadas Pérez y Furlong, fueron obtenidos con anterioridad a la fecha en que se facultó al funcionario investigador para actuar como agente cooperador, por lo que todas las diligencias posteriores, como se desprende de la teoría del árbol envenenado, fueron consecuencia y emanaron de un actuar ilegal, que impide valorar positivamente cualquier antecedente obtenido en la etapa investigativa, como ocurrió en este caso."

SEGUNDO: Que después de reproducir los hechos tenidos por establecidos en la sentencia censurada, el recurrente aborda la forma en que se produce la infracción de garantías fundamentales protegidas por la Constitución y los tratados internacionales. A este respecto, se hace cargo de las "Consideraciones del fallo relacionados con la declaración que la actuación del agente revelador no vulnera la garantía del debido proceso" y transcribe al efecto el motivo DECIMO QUINTO del fallo impugnado, en el cual se concluye que no cualquier error por parte del funcionario implica privar de eficacia probatoria a los medios de prueba obtenidos por éste, "ya que es evidente que entran en tensión objetivos estatales, como es la persecución eficaz de los delitos y la protección efectiva de los derechos humanos, entre ellos, el debido proceso." Añaden los sentenciadores que aún cuando el desempeño del funcionario policial puede suscitar reparos, la situación se enmienda el diez de febrero de 2009, cuando obtiene autorización oficial para actuar como agente encubierto, de modo que, ponderando los intereses en juego y la circunstancia de que el resultado pudo haberse obtenido también por vía legal mediante autorización otorgada al agente en

los primeros contactos con las acusadas, es factible valorar el o los medios probatorios obtenidos, haciendo presente, además, que la autorización efectivamente se obtuvo y se pudo regularizar la producción de la prueba.

TERCERO: Que el reclamante resume las consideraciones del Tribunal para establecer que el raciocinio lógico que emplea el voto de mayoría es el siguiente:

"a. Que con fecha 10 de Febrero de 2009, el agente policial don R. R. V., obtuvo de parte del Ministerio Público autorización para actuar en calidad de agente encubierto. b. El funcionario policial reconoce que a principios del mes de Enero de 2010 (s.i.c.), antes de la autorización del Ministerio Público, tiene una aproximación a la acusada Yanina Furlong, momentos en que le habla de la adquisición de la droga. c.. El funcionario reconoce que autorizado como agente encubierto, termina actuando como agente revelador, y que entiende la diferencia entre ambas técnicas especiales de investigación. d. El agente policial no actúa como instigador, según el voto de mayoría, por cuanto existen antecedentes con que se contaban que determinadas personas se dedicaban a la venta de droga. e. Según el fallo, es evidente que la actuación del funcionario policial puede tener reparos, pero se debe atender a la gravedad de la infracción en la actuación, la gravedad del delito, si existe una violación a la dignidad humana u otra violación grave a los derechos fundamentales. f. Que la autorización posterior valida las actuaciones defectuosas previas. g. Que siempre existió la posibilidad de solicitar la autorización en los primeros contactos con las acusadas."

CUARTO: Que la parte denuncia una infracción a la garantía de la presunción de inocencia, sobre la base de lo establecido en el motivo Décimo (debe entenderse Décimo Quinto) del veredicto enjuiciado:

"La imputación de ser un instigador del delito, no resulta acreditada, toda vez, que el antecedente con que contaba el funcionario es que determinadas personas estaban dedicadas a la comercialización de droga, lo que implica que era una actividad ya asumida por las acusadas, y por ende, no es el agente quien con su conducta hizo nacer en las acusadas la voluntad de delinquir, pues dicho dolo ya existía."

QUINTO: Que a juicio del reclamante, el fallo presume de derecho que "el antecedente" con que contaba el funcionario policial es suficiente prueba del dolo preexistente de traficar por parte de las condenadas. "Lo cierto, que dicho "antecedente" jamás se acreditó en los hechos establecidos como probados en la sentencia. Sólo se logró acreditar, que un día determinado, esto es, 19 de Febrero de 2009, ciertas personas fueron sorprendidas con droga en su poder, sin que se realice referencia al "antecedente" que acredita la voluntad de delinquir previa, que de conformidad al razonamiento del fallo de mayoría, valida la actividad ilegal del funcionario policial." Añade que "La infracción al principio de inocencia, se produce al dar por cierto, probado y

acreditado, el supuesto "antecedente" que permite presumir de derecho la voluntad previa de las acusadas de cometer delitos. Y sobre esta presunción de culpabilidad, el fallo impugnado, en su voto de mayoría, estima que la actuación del agente policial es válida."

También reclama el interviniente una infracción a la garantía constitucional del debido proceso, en relación a lo preceptuado en los artículos 6, 7 y 19 Nro.3, inciso 5°, de la Constitución Política de la República.

Argumenta que las técnicas especiales de investigación establecidas en el artículo 25 de la Ley 20.000, a saber, agente revelador y agente encubierto, sólo son válidas bajo dos condiciones de legalidad: autorización previa del Ministerio Público y sujeción estricta a dicha autorización y norma legal. Conforme a estos requisitos, los agentes policiales que, autorizados por el Ministerio Público como agentes encubiertos, realizan actuaciones como agente revelador, exceden el ámbito de la autorización que se les otorgó y, por ende, son ilegales tales actuaciones, por ser previas a la autorización requerida.

En la especie, se halla acreditado que el funcionario policial sólo obtuvo autorización como agente revelador, a contar del 10 de febrero de 2010 y que comenzó a solicitar droga a la acusada a contar de la primera semana de Enero del mismo año "y que es quien le señala que viene a comprar droga para llevar a Santiago, nunca es la imputada quien la ofrece." El agente policial reconoce que recibió autorización para desempeñarse

como agente encubierto, pero lleva a cabo actos de agente revelador, provocando la manifestación de la droga, siendo, en consecuencia, ilícita su actividad. Sin embargo, la sentencia se inclina por otorgar valor, para formar convicción, al testimonio y actividad del agente revelador, en atención a la gravedad del delito objeto de la persecución. "Es decir, frente a la tensión entre persecución penal y garantías fundamentales, el voto de mayoría la penalidad asignada al delito justifica cualquier desviación o ilegalidad de los funcionarios policiales, porque así lo demanda el criterio del delito denunciado y la gravedad de los cargos."

Estima que la vulneración de normas de garantía destinadas a todos los ciudadanos, no se justifica por un criterio de valoración de la pena respecto al delito investigado. Por el contrario, la norma del artículo 25 de la Ley 20.000 es una norma de garantía del individuo frente a la persecución de que es objeto por parte del Estado, en directa relación a los artículos 6,7 y 19 nro. 3 inciso 5º de la Carta Fundamental.

Señala como decisión acertada el voto de minoría del magistrado señor Aceituno, quien estuvo por absolver a la acusada y culmina su argumentación señalando que "ninguna vulneración de garantías fundamentales puede producir prueba que forme convicción de un Tribunal de la República para una sentencia condenatoria."

En cuanto al perjuicio sufrido por su parte, precisa que de no haberse cometido las infracciones denunciadas, la sentencia habría sido absolutoria para la enjuiciada, por lo que es procedente invalidarla.

Finaliza requiriendo a esta Corte que, acogiendo la causal invocada, anule el juicio oral y la sentencia, ordenando la realización de un nuevo juicio por el Tribunal Oral no inhabilitado que corresponda.

SEXTO: Que el recurso promovido por la defensa de Diana Pérez Helm, está redactado en idénticos términos que el examinado en los motivos precedentes, se basa en la misma causal de nulidad, contiene la misma fundamentación e igual petición concreta, de modo que no resulta necesario reproducirlo para efectos del presente fallo.

SEPTIMO: Que de los antecedentes conocidos por esta Corte aparece que el Juez de Garantía excluyó la prueba ofrecida por el Ministerio Público en la audiencia de preparación del Juicio Oral, decisión que fue apelada y revocada por el tribunal ad quem, el que ordenó complementar el auto de apertura y agregar la prueba excluída, de manera que, como se advierte en el voto de mayoría de la decisión impugnada, el tema de la ilicitud de la prueba ha sido una cuestión que ya fue debatida y resuelta en sede de garantía, por lo que, existiendo una resolución ejecutoriada que establece la licitud de la prueba, se trata de un elemento que no puede ser objeto de controversia nuevamente.

OCTAVO: Que en ambos libelos se reclama la infracción de garantías fundamentales de que son titulares las sentenciadas, protegidas por la Constitución Política y los tratados internacionales.

NOVENO: Que el artículo 276 del Código Procesal Penal, que trata de la "Exclusión de pruebas para el juicio oral", dispone en su inciso 3º, que "el juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales."

DECIMO: Que de conformidad a lo establecido en el artículo 277 letras e) y f) del texto legal citado, el auto de apertura del juicio oral debe indicar, respectivamente, "Las pruebas que deberán rendirse en el juicio oral, de acuerdo a lo previsto en el artículo anterior" y "La individualización de quienes debieren ser citados a la audiencia del juicio oral, con mención de los testigos"".

El inciso segundo de la última disposición citada concede únicamente al Ministerio Público el recurso de apelación contra el auto de apertura del juicio oral, por la exclusión de pruebas decretada por el Juez de Garantía.

En la especie el ente prosecutor dedujo ese recurso y obtuvo que la Corte de Alzada revocara la decisión del juez *a quo*, ordenándole agregar en el auto de apertura la prueba del Ministerio Público que había excluído.

Por lo tanto, la regla de exclusión que contiene el artículo 276 del Código Procesal Penal, aplicada *prima facie* por el juez de garantía, no pudo producir sus trascendentales efectos, toda vez que la prueba cuestionada fue en definitiva incluída en el auto de apertura del juicio oral y quedó en condiciones de ser rendida en el mismo.

De todo lo anterior fluye como lo resalta el veredicto del Tribunal Oral, que la controversia en torno a la ilicitud de la prueba aportada por el Ministerio Público quedó resuelta de manera definitiva, una vez escuchados los argumentos de los intervinientes, con la resolución firme ya citada, que, al determinar su incorporación al auto de apertura del juicio oral, validó como lícita esa evidencia; en tal virtud, se trata de una materia que, a juicio de estos sentenciadores, no es factible de ser objeto de una nueva discusión en esta sede, ya que ella está entregada de modo privativo al juez de garantía y al tribunal de alzada, debiendo darse por concluído el debate sobre ese tópico.

UNDECIMO: Que, sin perjuicio de lo anterior y atendido que el inciso 2º del artículo 277 del Código Procesal Penal, después de conceder al Ministerio Público el recurso de apelación contra la resolución de primera instancia que excluye pruebas por los motivos señalados en el inciso 3º del artículo 276, previene que lo dispuesto se entenderá sin perjuicio de la procedencia, en su caso, del recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva que se dictare en el juicio oral, conforme a las reglas generales, esta Corte se hará cargo del motivo de invalidación esgrimido en ambos arbitrios procesales, que es de su competencia privativa.

El conocimiento del recurso por parte de la Corte Suprema manifiesta la intención del legislador de entregarle la última palabra en materia de balance entre el interés de la persecución penal del Estado y la protección de los derechos fundamentales, a través de la elaboración de una jurisprudencia consistente en esta materia. (María Inés Horvitz & Julián López Masle, Derecho Procesal Penal Chileno, T. II, Editorial Jurídica, 2004, p. 196)

La historia fidedigna del establecimiento del artículo 372 del Código Procesal Penal, da cuenta de que "Se tuvo presente la necesidad de que la Corte Suprema no sólo continúe desarrollando, sino que robustezca su papel de fijar estándares jurídicos básicos, en una función que no es sólo de control sino de carácter normativo, de la cual resulten criterios que apunten a la uniforme aplicación del Derecho. Por ello se otorgó competencia a este tribunal en los casos de una sentencia haya infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes". (Emilio Pfeffer Urquiaga, Código Procesal Penal. Anotado y Concordado, Editorial Jurídica, 2001, p. 370)

DECIMO SEGUNDO: Que los recurrentes denuncian una infracción a la garantía de la presunción de inocencia, la que se produce al dar por cierto y probado que el funcionario policial encubierto contaba, antes de obtener la correspondiente autorización del Ministerio Público,

con el antecedente de que determinadas personas estaban dedicadas a la comercialización de droga, lo que implica que era una actividad ya asumida por las acusadas, y por ende, no es el agente quien con su conducta hizo nacer en las acusadas la voluntad de delinquir, la que ya poseían de antes.

DECIMO TERCERO Que en concepto de las partes impugnantes del fallo, en éste se presume de derecho que "el antecedente" con que contaba el funcionario es suficiente prueba del dolo preexistente de traficar de parte de las condenadas, pese a que dicho antecedente "jamás se acreditó en los hechos establecidos como probados en la sentencia".

La contravención al principio de inocencia se produce al dar por cierto y probado, el supuesto "antecedente" que permite presumir de derecho la voluntad previa de las acusadas de cometer delitos. "Y sobre esta presunción de culpabilidad, el fallo impugnado, en su voto de mayoría, afirma que la actuación del agente policial es válida".

Que a este respecto, conviene tener presente que en el motivo DECIMO QUINTO del fallo cuestionado, se tiene como hecho probado con sus dichos en estrados, que el funcionario policial R. V., en el mes de enero de 2009, recibió de un colaborador el antecedente sobre la existencia de un grupo de mujeres que se dedicaban al tráfico de estupefacientes en un determinado sector de la ciudad y tuvo su primera aproximación con la acusada Yanina en enero de 2009, momento en que le habla de la

adquisición de droga, contactándolo aquélla con la otra imputada, Diana Pérez, reconociendo que sólo a partir del 10 de febrero de 2009 fue designado agente encubierto, actuando antes como agente revelador.

DECIMO CUARTO: Los recurrentes denuncian también una infracción a la garantía constitucional del debido proceso, sobre la base de que el funcionario policial que fue autorizado para actuar como agente encubierto con fecha 10 de febrero de 2009, realizó actuaciones ilegales con anterioridad a esa autorización, ya que comenzó a solicitar droga a la acusada Furlong en la primera semana de ese año, efectuando actos propios de un agente revelador, "provocando la manifestación de la droga". En consecuencia, esta última actividad es ilícita y sin embargo, la sentencia impugnada, al resolver la controversia, "se inclina por otorgar valor probatorio para formar convicción al testimonio y actividad del agente revelador, en atención a la gravedad del delito objeto de la persecución", lo que significa "en su concepto- justificar cualquiera ilegalidad de los agentes policiales.

DECIMO QUINTO: Que, por de pronto, cabe señalar que la decisión cuestionada no asigna a los dichos del agente encubierto de nombre R., el carácter de presunción de derecho, sólo los considera y valora en conjunto con el testimonio de los detectives K. V. R. y M. B. G., para dar por acreditada, en conjunto con la prueba pericial, documental y la evidencia material de los contenedores

de droga, la existencia del delito de tráfico ilícito de estupefacientes.

En tal virtud, la impugnación de los recurrentes se aparta notoriamente de la realidad que emana del fallo y por resultar-en consecuencia- absolutamente infundada, debe ser rechazada.

DECIMO SEXTO: Que en ambos libelos se califica de ilícita la actividad del agente policial R. R., realizada con anterioridad a su designación como agente encubierto, ilicitud que se comunicaría a las diligencias posteriormente efectuadas, las que permitieron detener a las acusadas en los momentos en que se materializaba la transacción- venta de droga entre aquellas y el agente encubierto.

DECIMO SEPTIMO: Que el denominador común para la noción de prueba ilícita en todos los sistemas, que debe ser utilizado como punto de partida en la pretensión de elaborar un concepto, es la violación de garantías fundamentales ocurrida durante la etapa de instrucción con ocasión de la actividad de investigación llevada a cabo por los órganos de investigación penal. (Horvitz-López , cit., p. 168). "La discusión acerca de la prueba ilícita cualquiera que sea la definición que se tenga de ella - nos anuncia algo sustancial: la verdad a la que aspiramos en el proceso penal no es una meta a la que estemos dispuestos a llegar a cualquier precio". (María Francisca Zapata, La Prueba Ilícita, Lexis Nexis, 2004, p. 18)

La noción de prueba ilícita y su rechazo resulta del enfrentamiento entre averiguación de hechos delic-

tivos y respeto de los derechos. En particular, cuando a estos últimos se les reconoce como criterio de validez de los procedimientos tendientes a tal averiguación; y en consecuencia, como fundamento de la resistencia a la admisión de pruebas ilícitamente logradas.(L. Iván Díaz García, "Derechos fundamentales y prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno", en La prueba en el nuevo proceso penal oral, varios autores, Editor: Rodrigo Coloma Correa, Lexis Nexis, 2003, p. 137) Por lo tanto, sólo los elementos probatorios obtenidos legalmente, con respeto absoluto a las normas jurídicas, deben admitirse y valorarse en el proceso, de modo que la prueba obtenida en el respeto a la ley es la única que el juez puede tomar en cuenta para formar su convencimiento en el proceso. (Alex Carocca P., "Una primera aproximación al tema de la prueba ilícita en Chile", Ius et Praxis, Año 4, Nro. 2, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, 1998, p. 316)

En la tarea de obtención de las pruebas, deben observarse ciertos límites, que revisten el carácter de garantías, refrendados por los artículos 295 y 297 del Código Procesal Penal, que si bien consagran la libertad de prueba y la libertad de valoración de la misma, operan sobre los marcos propios de la legalidad, ya que los medios probatorios deben ser producidos e incorporados en conformidad a la ley. (Zapata, cit., p. 21)

El deber impuesto al Juez de Garantía de excluír ciertas pruebas obtenidas con vulneración de garantía fundamentales, constituye una consagración legal de la "regla de exclusión" creación jurisprudencial del sistema federal norteamericano- que constituye una barrera puesta a la incorporación de la prueba ilícita en la fase de admisión. (Horvitz-López, cit.,p. 172)

DECIMO OCTAVO: El artículo 276 ya citado obliga al Juez de Garantía a excluír la prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales, entendiéndose por tales, las que aseguran la Constitución Política y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. La prueba ilícita es entonces, la que ha sido adquirida en la etapa preprocesal con vulneración de esas normas.

Ahora bien, dentro de un amplio concepto de "garantías fundamentales", se incluyen las que consagran la presunción de inocencia y el derecho a un procedimiento racional y justo.

La ilicitud de la prueba forma parte del contenido nuclear del derecho a la presunción de inocencia, toda vez que de acuerdo a este principio, sólo aquellas pruebas obtenidas lícitamente pueden llegar a ser valoradas por el juez sentenciador y consecuencialmente a derribarlo. (Manuel Miranda Estrampes, El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2004, p. 88; Los Derechos fundamentales y la prueba ilícita, con especial referencia a la prueba ilícita aportada por el querellante particular y la defensa, Isabel Echeverría Donoso, Memoria de Prueba, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2007, p.72)

La presunción de inocencia, consagrada en el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 4º del Código Procesal Penal, es un concepto fuertemente ligado al debido proceso y constituye el derecho fundamental que abarca, necesariamente, cualquier aspecto relativo a la actividad probatoria que se emplea frente al acusado. Por tanto, la normativa sobre prueba ilícita encuadra dentro de las garantías que avalan el debido proceso, y por consiguiente a la presunción de inocencia. (Mario Mini Massoni, La prueba ilícita en el proceso penal, Editorial Metropolitana, 2005, pp. 38 - 39).

DECIMO NOVENO: Que debate sobre una eventual exclusión de prueba debe preceder -en calidad de cuestión previa fundamental- una determinación acerca de la ilicitud de la obtención del material probatorio, la que en el caso concreto que nos ocupa, implica decidir si el actuar policial se ha ajustado o no al ordenamiento jurídico que lo rige. Sólo una respuesta negativa a esta interrogante previa es idónea para dar paso a la discusión sobre si tal ilicitud debe originar una exclusión de la prueba así obtenida. (Héctor Hernández Basualto, "La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno", Colección de Investigaciones Jurídicas, Universidad Alberto Hurtado, 2005, Nro. 2, pp. 43 y s.s.)

VIGESIMO: El artículo 25 de la Ley Nro. 20000 define al "agente encubierto" como el funcionario policial que oculta su identidad oficial y se involucra o introduce en las

organizaciones delictuales o en meras asociaciones o agrupaciones con propósitos delictivos, con el objeto de identificar a los participantes ,reunir información y recoger antecedentes necesarios para la investigación. Por otra parte, el "agente revelador" es el funcionario policial que simula ser comprador o adquirente a terceros de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, con el propósito de lograr la manifestación o incautación de la droga.

VIGESIMO PRIMERO: Que la evidencia obtenida como efecto de las diligencias de investigación realizadas el día 19 de febrero de 2009, constituye una prueba lícita, toda vez que el agente encubierto había obtenido la autorización previa del Ministerio Público y los demás agentes actuaron con estricto acatamiento a la ley. Tales pruebas, que condujeron a acreditar de modo directo, una transacción comercial de droga, representan sin duda el antecedente más poderoso de todos los reunidos en orden a establecer la existencia del hecho punible y la participación de las acusadas involucradas en ese acto de "tráfico", reconocida por ellas. En tal virtud, no cabe siquiera insinuar la aplicabilidad de la norma sobre exclusión de la prueba.

VIGESIMO SEGUNDO: Que, en cuanto a las actuaciones del policía R. R., con anterioridad a su designación en carácter de agente encubierto, que las defensas tachan de ilícitas y pretenden que tal ilicitud contamina todas las probanzas posteriormente logradas, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

- a) el proceso penal debe ser un fiel reflejo de la vigencia del principio del Estado de Derecho y en esta tarea, las prohibiciones de prueba, ligadas al reconocimiento y respeto de los derechos y garantías individuales, juegan un rol de gran importancia; ello no significa que deba llegarse al extremo de eliminar toda posibilidad de afectación de los derechos de las personas, toda vez que "una adecuada administración de justicia penal no es posible sin ciertas facultades procesales de intervención" en los derechos de la persona del inculpado o de terceros; no se trata de equiparar la juridicidad a una prohibición genérica y absoluta de este tipo de facultades, sino de establecer una regulación que las limite a los casos y a la medida en que sean realmente indispensables. ("La prueba en el proceso penal", Jorge Bofill G., Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. XCI, Nro 1, Enero- Abril 1994, p. 28)
- b) las reglas de exclusión de pruebas no se aplican e n forma absoluta y reconocen varios límites, asentados en criterios desarrollados fundamentalmente por la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América.
- c) el legislador chileno no se pronunció expresamente en el Código Procesal Penal sobre casos de excepción a las reglas de exclusión.
- d) la "doctrina de los frutos del árbol envenenado", cuyo origen es el fallo *Silverthorne Lumber Co. v. United States* (251 U.S. 385 1920), que tiene el rango de un principio general que rige para todas las reglas de exclusión de prueba, reconoce limitaciones

concretas, "sobre todo por la vía de precisar las características del *vín-culo causal* que ha de existir entre la infracción constitucional y la obtención de las pruebas cuya exclusión se reclama, vínculo causal que en algunos casos en rigor puede considerarse inexistente, en tanto que en otros, aunque sea innegable, puede parecer tan atenuado que el vicio puede ya considerarse purgado." (Hernández, cit., pp. 21 - 22)

- e) se distinguen (en la jurisprudencia norteamericana) tres grupos de excepciones: la doctrina de la fuente independiente; la regla del descubrimiento inevitable y el principio de la conexión atenuada.
- f) en la jurisprudencia alemana se ha dado acogida a la excepción fundada en la ponderación de los intereses en conflicto, que se ampara en el principio de proporcionalidad.

VIGESIMO TERCERO: Que de los antecedentes reunidos en estos autos se desprende la trascendental circunstancia de que el agente R. R. había recibido de un informante, antes de tomar contacto con las mujeres, noticia de que determinadas personas se dedicaban a la comercialización de droga en el sector de la feria Las Palmeritas; una vez en poder de esos datos, ese funcionario se contactó con Yanina Furlong a fines del mes de enero de 2009, la que a su vez lo puso en contacto con Diana Pérez, operando como agente encubierto a partir del día 10 de febrero de ese año.

En tal virtud, aún en el evento que la prueba lograda mediante los primeros contactos con Yanina Furlong pudiera ser calificada de ilícita, el conocimiento de los hechos se había obtenido con anterioridad mediante una fuente independiente, como lo era el relato de un informante. Cuando se posee información o material probatorio preexistente al momento de una actuación tachable de ilegal, no procede excluír la prueba obtenida, ya que ésta no es un "fruto" de la ilicitud. En este evento no se da una relación causal concreta y determinada entre la ilicitud de base y el material probatorio que se pretende excluír (Hernández, cit., p.p. 22, 77 y 78), cual es en este caso el obtenido el día en que se llevó a cabo la venta de la droga al policía encubierto. La evidencia supuestamente calificable de ilícitamente obtenida sirvió para confirmar sospechas previas y focalizar la investigación en determinadas imputadas, por lo que la ausencia de un nexo causal concreto impide la exclusión de las pruebas legítimamente obtenidas. (Hernández cit., p. 79)

VIGESIMO CUARTO: Que a mayor abundamiento procede considerar el acertado comentario de Politoff acerca del desempeño del agente encubierto, citado en el voto de mayoría del veredicto atacado y que resulta muy ilustrativo para la correcta decisión del asunto: "Es concebible, por supuesto, que un agente encubierto efectúe labores de indagación en casos determinados, sin ejecutar actos de colaboración o instigación a la perpetración de hechos punibles que sirvan para desenmascarar y aprehender a los responsables. Así, por ejemplo, fingirse un amigo de la persona que debe recibir una partida de sustancias estupefacientes, para estar allí en el momento de la entrega." (Sergio Politoff, "El agente encubierto y el informante "infiltrado" en el marco de la ley nro. 19366 sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas", en Tratamiento penal del tráfico ilícito de estupefacientes. Estudios de dogmática y jurisprudencia, coordinadores Sergio Politoff L. y Jean Pierre Matus A., Editorial Jurídica Conosur Ltda., 1998, p. 57)

VIGESIMO QUINTO: Que, como corolario de todo lo razonado, cabe concluír que la condena pronunciada en contra de las acusadas no se funda en pruebas obtenidas con violación de garantías fundamentales, de modo que las reclamaciones de nulidad de lo decidido, apoyadas en infracción de los artículos 25 de la Ley Nro. 20.000 y artículos 6, 7 y 19 Nro. 3 de la Constitución Política de la República, no pueden prosperar.

VIGESIMO SEXTO: Que sin perjuicio de lo argumentado en torno a la denuncia de prueba ilícita, ha de destacarse que la lectura atenta de ambos recursos, pone de manifiesto que lo que en realidad se cuestiona, es la valoración que se ha efectuado de la prueba rendida en el juicio; que un interviniente no comparta esa valoración de los juzgadores no puede configurar un motivo legalmente previsto para anular una sentencia. Los DUODECIMO, motivos DECIMO TERCERO, DECIMO CUARTO, DECIMO QUINTO, DECIMO SEXTO, DECIMO SEPTIMO, DECIMO OCTAVO, DECIMO NOVENO y VIGE-SIMO del veredicto, dan cuenta del adecuado cumplimiento de las exigencias contempladas en el artículo 297 del Código Procesal Penal.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 372,373,376 y 384, todos del Código Procesal Penal, SE RECHAZAN los recursos de nulidad deducidos por los letrados Paola Sepúlveda Santibáñez y Nelson Saavedra Contreras, en representación de Yanina Soledad Furlong Escudero y Diana Pérez Helm respectivamente, ambos dirigidos en contra de la sentencia de diez de Febrero de dos mil diez, que rola de fojas 1 a 13, la que, por consiguiente, no es nula.

Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Segura quien estuvo por acoger ambos recursos de nulidad interpuestos, ello por compartir los fundamentos esgrimidos en la opinión disidente del magistrado Pablo Aceituno Romero, que se consigna al final de la sentencia cuya anulación se solicita.

Registrese y devuélvase.

Redactó el Ministro Sr. Carlos Künsemüller.

Rol N°1741-10.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y Carlos Künsemüller L. No firma el Ministro Sr. Künsemüller, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con permiso.

Autorizada por la Secretaria de esta Corte Suprema Sra. Rosa María Pinto Egusquiza.

UNIDAD ESPECIALIZADA EN DELITOS SEXUALES Y VIOLENTOS

APORTES A LA EVALUACIÓN PERICIAL DE VÍCTIMAS EN DELITOS SEXUALES

Francisco Maffioletti Celedón Sofía Huerta Castro¹

"...nada tiene de extraño que el testimonio de la víctima se muestre cambiante, confuso, inseguro en los detalles y progresivamente más inculpatorio hacia el denunciado.

Ése es precisamente un comportamiento normal en quien sufre un trastorno reactivo de personalidad vinculado al maltrato continuado.

Lo verdaderamente sospechoso habría sido que un testigo en tales condiciones anímicas y con tales precedentes biográficos hubiese proporcionado desde un principio un testimonio perfectamente articulado y coherente".

Audiencia Provincial de Sevilla

Sección Cuarta, 6 de julio de 2004 (40)

Una de las principales características del método científico es que permite que el conocimiento progrese de forma permanente, por ello es que con independencia de la magnitud de un descubrimiento, o del impacto del mismo, éste será superado con los años por nuevos conocimientos que incorporen los ya asentados con anterioridad. En este sentido, Thomas Kuhn (1962) señaló, en la Estructura de las Revoluciones Científicas, que los cambios históricos de paradigmas científicos se producen mediante dichas revoluciones, lo cual implica que la 'verdad científica' no está dada, que se encuentra en permanente construcción y resignificación, y que es susceptible de ser reevaluada y reemplazada. Por tanto, no es posible concebir leyes de carácter universal, sino tan sólo hipótesis útiles para incrementar el conocimiento, que se dan en un tiempo y un espacio determinado.

Es en este contexto, en el que la especialidad de la Psicología Forense, como disciplina joven, no está exenta de ir madurando y desarrollando nuevos métodos que permitan acceder, de forma cada vez más rigurosa y específica, a su objeto de estudio. Por ello, en el presente documento, se intentarán abordar los avances y nuevas orientaciones que han comenzado a tener lugar en la evaluación pericial de víctimas de delitos sexuales, especialmente en la evaluación de credibilidad de testimonio y de daño ocasionado por el delito.

¹ Psicólogos de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

La historia de la evaluación pericial psicológica de credibilidad de testimonio

Aun cuando la evaluación pericial psicológica de credibilidad de testimonio ya cumplió 100 años desde sus primeros aportes, hoy día sigue siendo un área en constante desarrollo producto del avance en la disciplina y de la expertise generada por la práctica.

Haciendo un poco de historia a nivel internacional, debemos detenernos en los principales hitos que han permitido que esta joven ciencia avance en el proceso de desentrañar criterios objetivos que permitan valorar y discriminar las ocasiones en que un testimonio relevante dentro del proceso penal cuenta con las características para ser considerado un relato que con una alta probabilidad pudiera corresponder, en forma y fondo, a una vivencia de un hecho de la naturaleza investigada.

Como bien se sabe, el 14 de diciembre de 1954 la Corte Suprema de la República Federal Alemana planteó a un grupo de expertos la siguiente pregunta: ¿qué diferencia hay entre el conocimiento y recursos para evaluar (sopesar) la credibilidad de testimonio por parte de un testigo experto (perito) respecto de la valoración que puede hacer el Tribunal durante el desarrollo del juicio oral, en cuanto a determinar la credibilidad de un testigo menor de edad (especialmente en juicios sobre delitos sexuales)²?

Dicha consulta, originada desde el propio poder judicial alemán, dio inicio formal al estudio científico de la credibilidad de testimonio en víctimas de delito. En este ámbito, son muchas las investigaciones, publicaciones, estudios y aportes que con el paso de los años han nutrido y ampliado esta compleja área del saber psicológico aplicada al contexto forense. Sin ir más lejos, el profesor Thomas Fabian (2001)³, citando a Undeutsch (1954), Steller (1988) y Greuel (1997), propone dividir la historia de la psicología de la declaración testimonial en Alemania en 5 fases: la primera fase desde 1900 a 1930, la segunda fase desde 1930 a 1945, la tercera fase desde 1945 a 1980, la cuarta fase en los años '80, y la quinta fase en los años '90.

El segundo antecedente internacional de relevancia lo encontramos en el Congreso Internacional de Maratea (Italia, 1988), convocado por el Instituto de Estudios Avanzados (ASI) de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN)⁴, cuyo principal propósito fue reunir a destacados científicos

² Undeutsch, U. (1989). The development of statement reality analysis. En: Yuille, J. (ed.) (1989). Credibility Assessment. Netherlands: Kluwer Academic Publishers and NATO Scientific Affairs Division.

³ Fabian, T. (2001). La Psicología de la declaración testimonial: investigación y práctica en Alemania. España: Anales del IV Congreso Iberoamericano de Psicología Jurídica, pp. 66-76.

⁴ NATO: North Atlantic Treaty Organization.

y académicos de distintas nacionalidades, con el objeto que debatieran acerca de la evaluación de la credibilidad de testimonio. En la oportunidad, se dieron cita y dictaron conferencias investigadores de la talla de Udo Undeutsch, Max Steller, Robert Hare, David Raskin, Ray Bull, Elizabeth Loftus, Margarita Diges, María Luisa Alonso Quecuty, Roderick Lindsay, entre otros. Los trabajos presentados en el Congreso de Maratea fueron con posterioridad compilados por Yuille (1989), y publicados en un libro titulado Credibility Assessment.

Los aportes de este Congreso provocaron un gran impacto en la investigación científica de la credibilidad de testimonio; Udo Undeutsch presentó los criterios de su modelo del SRA (Statement Reality Analysis), que ya habían sido expuestos en el libro de A. Trankell (1982)⁵, contando además con la vasta experiencia en este tipo de evaluaciones periciales, que Arntzen⁶ estima en aproximadamente unos 40.000 casos, en que psicólogos germanos debieron concurrir a declarar en audiencias sobre la credibilidad de testigos claves (key witness) entre los años 1950 y 1980.

Por otra parte, en la ponencia de Max Steller se encuentran importantes distinciones que al día de hoy continúan siendo relevantes a la hora de aplicar el método de determinación de la credibilidad de testimonio, y que ya en aquellos años habían sido claramente expresadas. Un ejemplo de ello es que Steller incorpora dentro de la metodología semi-estandarizada del SVA (Statement Validity Assessment), uno de los elementos que la componen: el CBCA (Criteria-Based Content Analysis). Resulta particularmente llamativo este punto, dado que en la realidad nacional de los últimos años muchos peritos han otorgado al CBCA un valor conclusivo respecto de la valoración global del testimonio, aun cuando ya el año 2002⁷ fue publicado en Chile el primer artículo sobre este sistema de evaluación que establecía claramente el valor de cada uno de los componentes del SVA. Al año siguiente del Congreso de Maratea, Steller publicó un artículo junto a Koehnken⁸ y un libro junto a Raskin, Yuille y Esplin⁹, en los cuales abordó ésta y otras distinciones de relevancia en el desarrollo de la técnica.

⁵ Trankell, A. (1982) Reconstructing the past. Netherlands: Kluwer Law and Taxation Publishers, pp. 27-56.

⁶ Arntzen, F. (1983). Psychology of witness testimony [Psychologie Der Zeugenaussage]. München: Beck.

⁷ Contreras, L y Maffioletti, F. (2002). Valoración psicojurídica de credibilidad de testimonio en casos de abuso sexual infantil. Revista Praxis. Santiago de Chile: Facultad de Psicología, Universidad Diego Portales.

⁸ Steller, M. y Koehnken, G. (1989). Criteria based statement analysis. En: Raskin, D.C. (Ed.) (1989). Psychological methods for criminal investigation and evidence. New York: Springer.

⁹ Steller, M., Raskin, D.C., Yuille, J.C. y Esplin, P. (1989). Childe Sexual abuse: Forensic Interviews Assessments. New York: Springer.

Asimismo, desde aquel encuentro en Italia han surgido investigaciones y estudios en los cuales no sólo se ha intentado validar el modelo del SVA, sino que también han surgido nuevos sistemas orientados a la valoración de la credibilidad de testimonio, introduciendo innovaciones en cuanto a los grupos etáreos en los cuales es susceptible de ser valorada (adultos), en cuanto a la calidad procesal de éstos (imputados) y en cuanto al tipo de delitos en que puede ser solicitada (violencia intrafamiliar).

Para ilustrar el punto, nos limitaremos a proporcionar breves referencias respecto de cada uno de estos aspectos novedosos, ya que por las lógicas limitaciones de espacio, no son susceptibles de ser abordados a cabalidad en el presente artículo.

Las innovaciones en la evaluación pericial de credibilidad de testimonio

Sin perjuicio de que el sistema del SVA es al día de hoy el más aceptado y estudiado a nivel internacional, durante la última década han surgido propuestas que pretenden innovar en cuanto a lo planteado por el SVA, agregando algunos criterios que, a juicio de sus autores, enriquecen la valoración de la credibilidad de testimonio.

Nos limitaremos al abordaje de los modelos que se inscriben en la línea del análisis de contenido, obviando los centrados en otras técnicas universalmente difundidas tales como las técnicas psicofisiológicas (polígrafo), la estilometría (análisis del estrés de la voz), los indicadores conductuales de la mentira (conducta no-verbal), la hipnosis, y las entrevistas asistidas con drogas. Las razones para descartar cada una de ellas son variadas y de diversa naturaleza, pero sólo baste señalar que en nuestro país, a pesar de la consagrada libertad de prueba y de la improcedencia de la inhabilitación de peritos, en cuanto a la interrogación de imputados, en el Código Procesal Penal¹⁰ se prohíbe la utilización de cualquier método de investigación que menoscabe o coarte la libertad del sujeto para declarar, haciendo expresa mención a la administración de psicofármacos y la hipnosis, aun cuando éste consintiere su utilización.

EI CBCA-PC

Un referente de amplia difusión y bajo impacto ha sido el modelo del CBCA-PC, propuesto en la tesis doctoral de Josep Ramón Juárez López¹¹, quien, en un intento por ampliar el sistema a la consideración de los factores psicosociales, propone la incorporación de criterios ligados a "informaciones cualitativas o cuantitativas que, instrumentalizadas siguiendo un procedimiento científico de uso de indicadores, nos permiten un conocimiento progresivo y la

¹⁰ República de Chile (2006). Código Procesal Penal, art. 195.

¹¹ Juárez López, J. R. (2004). La credibilidad del testimonio infantil ante supuestos de abuso sexual: indicadores psicosociales. Tesis Doctoral. España: Universitat de Girona.

obtención de mediciones aproximativas de fenómenos conceptualizados en el marco de teorías propias de la psicología social"¹². En su tesis, el autor señala que su propuesta en ningún caso implica integrar elementos o criterios basados en aspectos emocionales o conductuales, en la medida en que concuerda con la mayoría de los autores (Steller, 2000; Williams y Finkelhor, 1993; Lamb, 1994; Ceci y Bruck, 1995) en que no existe ningún indicador ni síndrome específico que dé cuenta de un delito sexual.

Según Juárez (2004), la consideración de factores psicosociales es relevada por el propio Undeutsch (1989)¹³, quien de acuerdo a su dilatada experiencia forense señala que, en algunas ocasiones, serán relevantes las relaciones entre la víctima, su familia y el imputado. Asimismo, Juárez manifiesta que el entorno social y las circunstancias que rodean un testimonio son aspectos esenciales para la valoración de la credibilidad de dicho testimonio.

El objetivo central es incrementar la precisión en la determinación de la credibilidad, o no, del testimonio analizado, otorgándole a los criterios psicosociales, al igual que a los demás criterios del SVA, un valor o significación en la medida en que se encuentren presentes junto a otros indicadores o criterios que refuerzan la ocurrencia del abuso y la credibilidad del relato, sin implicar que su ausencia refuerce la inexistencia del abuso o la falsedad de ese relato.

Si bien el autor retoma algunas distinciones relevantes que han introducido otros investigadores en el área, diferenciando entre los conceptos de *competencia* y de *credibilidad*, y por otra parte retoma los conceptos de credibilidad general (credibilidad del testigo como persona) y credibilidad específica (credibilidad ligada a la declaración), quizás el mayor valor de su investigación doctoral sea el haber realizado una exhaustivo análisis y revisión de las cientos de investigaciones publicadas. Por otra parte, al analizar su propuesta de modificación del CBCA, estimamos que incorpora algunos criterios que ya el sistema del SVA contempla en su propuesta, tales como la presencia del secreto, la existencia de reglas comportamentales, la obtención de favores y ganancias, la progresión en el abuso, la presencia de una relación envolvente, la disminución relacional, la aparición de síntomas psicológicos, y el modelo de vinculación dependiente.

Finalmente, y como dato anecdótico que podría generar interés en algún profesional, el mismo autor Josep Ramón Juárez López ha llevado adelante recientemente una investigación¹⁴, junto a otros colegas, en la cual han analizado la literatura existente acerca de la violencia contra las mujeres, las diversas teorías explicativas y el relato de víctimas de violencia de género, con el propósito

¹² Casas, F. (1989). Técnicas de investigación social. Los indicadores sociales y psicosociales, teoría y práctica. Barcelona: PPU.

¹³ Ob. cit., p. 109.

¹⁴ Juárez, J.; Mateu, A. y Sala, E. (2007). Criterios de evaluación de la credibilidad en las denuncias de violencia de género. Cataluña: Generalitat de Cataluña. Departamento de Justicia. Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada.

de determinar criterios de credibilidad y falsabilidad en las declaraciones de víctimas de violencia de género, para terminar con una propuesta de guía de evaluación forense.

El Sistema de Evaluación Global (SEG)

Se trata de un protocolo psicológico forense de análisis de contenido de las declaraciones, basado en la evaluación empírica de la credibilidad, que se adscribe al modelo objetivo o científico, en contraposición al subjetivo o social, cuyo objetivo para sus autores, Arce y Fariña¹⁵, es afrontar las limitaciones evidenciadas en la evaluación de la credibilidad:

- 1. las categorías de los diversos procedimientos propuestos para el análisis de contenido no son homogéneas inter-sistemas.
- 2. no suelen cubrir todo tipo de testigos (generalmente se proponen sólo para niños/as).
- 3. estos procedimientos no van acompañados de protocolos de actuación, a la hora de obtener la declaración, adecuados para cada contexto (menores de edad, adultos, discapacitados).
- 4. dichos procedimientos no analizan la totalidad de la tarea judicial (se suelen centrar en la supuesta víctima).
- 5. los mismos no se orientan a la búsqueda de la huella psicológica del crimen: el trastorno de estrés postraumático.
- no incluyen metodologías adecuadas para la evaluación clínica en el contexto forense en el que debe sospecharse simulación, esto es, la mentira clínica.
- 7. los sistemas basados en el análisis de contenido de las declaraciones propuestos para el estudio de la credibilidad son técnicas semi-objetivas que precisan ajustarse para alcanzar una mayor objetividad.

Un comentario obligado que cabe hacer respecto de estos supuestos, es que parten de puntos de vista que no necesariamente son compartidos por los demás autores. De hecho, sabido es que cuando se realiza una evaluación en el contexto forense, no es sostenible que se plantee que los procedimientos empleados "no analizan la totalidad de la tarea judicial", dado que ello corresponde precisamente a su principal objetivo, y es parte integral de la metodología (análisis de la carpeta investigativa, de la pregunta psicolegal o punto pericial).

¹⁵ Arce, R. y Fariña, F. (2005). Peritación psicológica de la credibilidad del testimonio, la huella psíquica y la simulación: el Sistema de Evaluación Global (SEG). España: Revista Papeles del Psicólogo, N°92, Colegio Oficial de Psicólogos, www.cop.es

Por otra parte, resulta llamativa la afirmación N°5, toda vez que de ella es posible deducir que como consecuencia de todo delito siempre podríamos encontrar el trastorno de estrés postraumático, cuando la evidencia y numerosos autores ya referidos nos señalan que este síndrome no constituye una respuesta que necesariamente pueda ser observada, y, que cuando lo es, de ella no es posible deducir directamente la ocurrencia del delito.

Si bien Arce y Fariña pretenden realizar un compendio de diversas estrategias de análisis de fiabilidad (CBCA y Reality Monitoring) y validez de la declaración (SVA y SRA), y a la vez incorporar sus propios trabajos anteriores en reconocimiento de la huella psíquica del delito en la víctima, el engaño en el testimonio judicial, la obtención de declaraciones con sujetos discapacitados, la detección de la simulación en enajenación mental; lo cierto es que su propuesta, basada en una serie de tareas¹⁶, resulta tan abarcativa que termina por constituirse en un modelo que corre el riesgo de limitarse a los elementos aislados que propone, no lográndose por tanto el objetivo principal que pretende, a saber, constituirse en un sistema de evaluación global de la credibilidad de testimonio.

El Reality Monitoring (RM)

Consiste en el proceso utilizado para diferenciar entre un recuerdo de origen externo, basado en procesos perceptivos, de uno de origen interno, basado en el razonamiento, la imaginación y/o el pensamiento. Se parte de la base de que "la verdad es el recuerdo de algo percibido y la mentira es un recuerdo generado internamente". Por tanto, los recuerdos de origen externo, tendrán más atributos contextuales, sensoriales y semánticos, y, en cambio, los recuerdos de origen interno (imaginados), tendrán más atributos alusivos a operaciones cognitivas.

Fue descrito por Marcia Johnson y Carol Raye (1981), quienes especificaron cuatro tipos de información que podrían hallarse en el recuerdo:

- Atributos contextuales (espaciales y temporales).
- Atributos sensoriales (formas, colores, olores, sonidos, etc.).
- Atributos semánticos.
- Operaciones cognitivas.

a) obtención de la declaración, b) repetición de la declaración, c) contraste de las declaraciones recabadas a lo largo del procedimiento judicial, d) análisis de contenido de las declaraciones, e) análisis de la fiabilidad de las medidas, f) medida de las secuelas clínicas del hecho traumático, g) evaluación de la declaración de los actores implicados, h) análisis de la personalidad y capacidades de los actores implicados, e i) implicaciones para la presentación del informe.

La evidencia empírica disponible muestra que, mientras las operaciones cognitivas no parecen discriminar adecuadamente entre declaraciones verdaderas y falsas, la información contextual, espacial, temporal y el realismo parecen ser criterios más eficientes en esta discriminación.

Respecto de la información sensorial, los resultados han sido contradictorios. Quizás debido a la definición que le han dado al criterio, y a otros factores tales como: que el vivenciar es distinto que presenciar; la edad; la capacidad verbal; la repetición (entrevistas inductivas); y, el tiempo transcurrido.

La evaluación de la credibilidad del testimonio en diversos grupos etáreos

La evaluación de la credibilidad de testimonio ha estado históricamente, y casi naturalmente, vinculada a los casos de niños/as y adolescentes víctimas de delitos sexuales. La razón histórica ha sido brevemente comentada en relación al contexto social en que se desarrollaron y fueron impulsadas en Alemania dichas evaluaciones. Al respecto Undeutsch (1989)¹⁷ señala que luego de la II Guerra Mundial, en conexión con la renovación del sistema de justicia criminal alemán, se establecieron Cortes Juveniles especiales (1953) para el abordaje de los delitos cometidos contra o por personas menores de 21 años. Estas Cortes especiales, más familiarizadas con los problemas específicos inherentes a la evaluación del testimonio de los niños/as y adolescentes, se vieron más inclinadas a llamar a expertos en este tipo de casos.

Por otra parte, probablemente la razón natural que liga este tipo de evaluaciones a los menores de edad, especialmente a los niños y niñas, es el prejuicio respecto de la sugestibilidad de los niños/as y su capacidad para distinguir entre fantasía y realidad, la dificultad de los adultos que investigan y administran justicia en el manejo de técnicas de entrevista, la incomprensión de las características típicas del período evolutivo, la dificultad para distinguir entre las conductas normales y las anormales para la edad, el desconocimiento de las reacciones personales habituales luego de la vivencia de agresiones sexuales, y, en términos procesales, el hecho que el testimonio del niño/a frecuentemente constituya, en este tipo de casos, la única prueba sobre la que descanse la convicción del Tribunal (en ausencia de prueba biológica o física).

Sin perjuicio de lo señalado, Juárez (2004)¹⁸ manifiesta que "las actuales líneas de investigación están 'abriendo' las posibilidades de la prueba a los adultos, con resultados muy esperanzadores". En su revisión de las investigaciones que han innovado en cuanto a la consideración de la posibilidad de aplicación del método en adultos encontramos:

¹⁷ Ob. cit.

¹⁸ Ob. cit., p. 87.

- Un estudio de Parker y Brown (2000) que evaluó las declaraciones de 43 mujeres víctimas de violación, cuyas edades fluctuaron entre los 13 y 80 años, estableciendo que el método del CBCA-SVA permitía diferenciar los relatos verdaderos de los falsos con mayor precisión que los detectives de la Policía.
- Un estudio de Vrij, Kneller y Mann (2000), con 45 sujetos entre los 19 y 46 años, que permitió diferenciar, entre tres grupos, al grupo que mentía del grupo con relato verdadero y del grupo que mentía habiendo sido entrenado en los criterios del CBCA, aún cuando los resultados fueron idénticos para estos dos últimos grupos.
- Un estudio de Vrij, Edwar, Roberts y Bull (2000), con 73 estudiantes universitarios, cuya edad media fue de 28 años, concluyendo que analizada la conducta no-verbal, más los criterios del CBCA y los del Reality Monitoring (RM), podían detectarse correctamente las mentiras de las verdades en más de un 78% de los casos.
- Un estudio de Sporer (1997) comparó los resultados de analizar las declaraciones de 40 adultos mediante el CBCA y el RM, quienes habían sido instruidos de proporcionar relatos sobre hechos inventados y autovivenciados, siendo los criterios del RM los únicos que fueron capaces de discriminar entre ambos.
- Un estudio de Landry y Brigham (1992) que comparó una muestra de 114 estudiantes que fueron divididos en 2 grupos, uno sin entrenamiento en el CBCA y el otro con entrenamiento, obteniendo como resultado que estos últimos demostraron significativamente mucha más precisión en diferenciar los relatos inventados de los reales.
- Y finalmente, un estudio de Porter y Yuille (1996), que examinó la existencia de indicadores fiables para detectar el engaño, encontró que tres indicadores (cantidad de detalles, coherencia, y admisión de falta de memoria) mostraron mayor capacidad de discriminación.

Por su parte, Godoy-Cervera e Higueras (2005) señalan que: "en años recientes se ha intentado validar y generalizar la aplicación de este instrumento [CBCA] a adultos" ¹⁹, aún cuando las investigaciones no son tan abundantes como lo son en el caso de menores de edad. Así, destacan un estudio de Vrij, Akehurst, Soukara y Bull (2004)²⁰, el cual reportó que los criterios 1, 3, 4, 5, y 6 fueron los más efectivos para diferenciar entre testimonios veraces y falsos. Sin

¹⁹ Godoy-Cervera, V. & Higueras, L. (2005). El análisis de contenido basado en criterios (CBCA) en la evaluación de la credibilidad del testimonio. España: Colegio Oficial de Psicólogos de España, Revista Papeles del Psicólogo, Vol. 26, p. 92.

²⁰ Vrij, A., Akehurst, L., Soukara, S. y Bull, R. (2004). Detecting deceit via analyses of verbal and nonverbal behavior in children and adults. Human Communication Research, 30, pp. 8-41.

perjuicio de ello, y de otras investigaciones que citan, manifiestan que dado que el CBCA se desarrolló originalmente para valorar las declaraciones de niños y niñas, es probable que algunos criterios no funcionen con adultos, tal como podría ser el caso del criterio *incomprensión de detalles relatados con precisión* (N°10).

Cabe hacer presente que, tanto en los estudios con víctimas adultas como con niños/as, existen dos métodos o formas de delimitar su naturaleza, diferenciándose entre "estudios de campo" (field studies) o "estudios de laboratorio" (laboratory studies). En los estudios de laboratorio se le solicita a un sujeto o grupo de sujetos que se sometan a una situación artificial que intenta asemejarse a la situación real mediante el control de variables (dependientes, independientes e intervinientes). Esta forma de investigar una situación, que reviste particular interés para el científico, tiene en sus detractores sólidos argumentos cuando se trata de escenarios en que son utilizados seres humanos e implica que éstos atraviesen por situaciones estresantes o amenazantes para su integridad personal o psicológica.

Incluso, aun más allá de la anterior crítica, que posee ribetes éticos importantes, los cuestionamientos también apuntan a la imposibilidad de generar una situación experimental que se asemeje a la situación real que puede vivir una persona, máxime cuando parte del trauma resulta de lo poco esperable que era para el ofendido una agresión de esa naturaleza (con independencia del ocultamiento del real motivo del estudio para los voluntarios).

En cambio, en los estudios de campo se les pide a los sujetos que den cuenta de una experiencia negativa que hayan vivido en el pasado, constituyéndose en un ejercicio que, si bien puede movilizar cierta intensidad de la respuesta emocional, está muy mediado por la naturaleza de la tarea que pone en juego factores cognitivos y afectivos ligados a los procesos de memoria. Por otra parte, bien estudiado está el hecho que de forma inconsciente los sujetos proporcionan algunos elementos diferenciales en sus relatos (proceso de selección arbitraria) de acuerdo al receptor de los mismos, produciéndose en el caso de los experimentos de campo un contexto que, en ningún caso, posee para el entrevistado la intensidad y las consecuencias que se encuentran asociadas al proceso penal, dificultando con ello la aparición de contenidos relevantes en relación al delito.

Algunas precisiones en la aplicación del sistema de evaluación de credibilidad de testimonio (SVA)

Han sido numerosos los artículos y libros que han abordado la hipótesis Undeutsch y el modelo del SVA con sus tres componentes, es decir, un protocolo de entrevista forense semiestructurada, el análisis del contenido basado en criterios (CBCA), y la lista de validez. Si bien, como ya se señaló, en nuestra

realidad nacional por parte de algunos peritos se ha valorado la utilización del CBCA como método conclusivo respecto de la validación de testimonios, es necesario destacar que la metodología debe ser aplicada y valorada globalmente, considerando sus tres componentes en un mismo rango de importancia, requiriéndose de un análisis interrelacionado e integral.

Respecto a la puntuación de los 19 criterios del CBCA, y más allá de la forma de realizar esta puntuación (0 y 1 ó 0, 1 y 2), resulta relevante destacar las *tres reglas* explicitadas por Steller (1989)²¹, que deben ser consideradas al momento de puntuar dichos criterios:

- 1. las repeticiones de un criterio en distintos pasajes de la evaluación de credibilidad no incrementa la presencia de ese criterio.
- 2. un pasaje de la declaración puede satisfacer (cumplir con) más de un criterio.
- 3. sólo los contenidos relatados sobre el hecho investigado (incidente) deben ser considerados al momento de puntuar la presencia/ausencia de los criterios.

Aún más, frente a la tentación por un análisis meramente cuantitativo, a la hora de concluir con este sistema de evaluación de la credibilidad de testimonio, el valor que ocupa el resultado numérico del CBCA en la valoración final debe encontrarse relativizado en la medida en que, analizado en relación al contexto global que implica el SVA, y atendidas las múltiples variables que forman parte de la dinámica del delito sexual contra niños, niñas y adolescentes, existen criterios que asumen pesos diferenciales en cuanto a su mayor o menor relevancia de acuerdo a las características particulares de cada caso (etapa del desarrollo evolutivo, reiteración o cronicidad del hecho, estrategias utilizadas, etc.). Esta afirmación es refrendada por importantes estudios e investigaciones que concluyen, que los distintos criterios tendrán una capacidad discriminatoria diferencial.

En este sentido, el estudio llevado adelante por el equipo de profesionales del Centro Reina Sofía para el Estudio de la Violencia (2004)²², con las facilidades otorgadas por la Clínica Médico-Forense de Madrid, a partir de los 100 casos analizados (estudio de campo con casos reales), pone de manifiesto que los criterios estructura lógica (N°1), elaboración no estructurada (N°2), cantidad de detalles (N°3), incardinación en contexto (N°4), descripción de interacciones

²¹ Steller, M. (1989). Recent developments in statement analysis. En: Yuille, J. (ed.) (1989). Credibility Assessment. Netherlands: Kluwer Academic Publishers and NATO Scientific Affairs Division. p. 139.

²² Casado del Pozo, A. Ma, Romera, R., Vásquez, B., Vecina, M. y Paúl, P. (2004). Análisis estadístico de una muestra de 100 casos de abuso sexual infantil. En: Vázquez, B. (coord.)(2004). Abuso sexual infantil. Evaluación de la credibilidad del testimonio: estudio de 100 casos. España: Centro Reina Sofía para el Estudio de la Violencia.

(N°5), y detalles característicos de la ofensa (N°19), se encuentran presentes en más del 90% de los casos creíbles, coincidiendo en este punto con el estudio de Vrij, Akehurst, Soukara y Bull (2004)²³.

A modo de conclusión, resulta interesante retomar como sugerencia lo planteado por Vrij (2005)²⁴, quien resume y analiza cualitativamente 37 estudios de habla inglesa respecto del CBCA, cuando señala que tres de los factores a ser atendidos en las investigaciones con este sistema son la edad del entrevistado, el estilo del entrevistador, y el entrenamiento del entrevistado. Por último, como un imperativo ético, recogemos la recomendación del mismo autor, que bien vale para todo tipo de peritajes, quien sugiere al perito que tanto en la presentación del informe escrito como en su ratificación en juicio oral, procure mostrar los problemas y limitaciones de su trabajo pericial o de la metodología, permitiendo al Tribunal valorar y tomar una decisión informada respecto del caso en estudio.

La evaluación pericial psicológica del daño y el trabajo en base a hipótesis

En el ámbito penal la evaluación pericial de daño tiene como objetivo valorar las consecuencias psicológicas y sociales del delito, y establecer y demostrar el nexo causal entre la situación investigada y las lesiones psíquicas, secuelas emocionales y daño social presentes en el sujeto.

Esta labor no se encuentra exenta de dificultades puesto que la presencia de lesión psíquica en sí misma, cuando ésta es observada, no acredita la existencia del hecho investigado, ni la realidad y factibilidad de las circunstancias del tipo penal que se atribuyen al imputado, así como tampoco resulta posible describir un perfil único de víctimas, ya que, aun cuando los estudios en el área han determinado que se aprecian dinámicas psicológicas habituales con rasgos comunes en una proporción significativa de víctimas, las cualidades y expresiones del daño adquieren dimensiones específicas en cada afectado, no existiendo una respuesta uniforme al trauma.

Este punto cobra especial valor cuando se considera la gran dispersión etárea de los afectados, sus características de personalidad, sus distintos grados de vulnerabilidad, las diferentes modalidades comisivas del delito, la frecuencia y eventual cronicidad en el hecho, el vínculo con el victimario, la variabilidad en la reacción del entorno familiar ante la develación, el tiempo transcurrido desde la ocurrencia del primer evento, la existencia de amenazas contra la integridad personal y de los seres queridos, el significado que atribuye el afectado a

²³ Ob. cit.

²⁴ Vrij, A. (2005). Criteria-Based Content Analysis: a qualitative review of the first 37 studies. United Kingdom: Psychology, Public Policy and Law, Vol. 11, N°1, pp. 3-41.

los hechos, entre otras, combinación de factores protectores y de riesgo para el desarrollo de daño psicosocial asociado al delito, y la magnitud de éste.

Por lo anterior, en un esfuerzo por contribuir al desarrollo del cuerpo teórico y procedimental que sirva de sustento a las evaluaciones periciales de daño en el contexto procesal penal, el trabajo interinstitucional desarrollado por la Mesa para la Elaboración de la Guía para la Evaluación Pericial de Daño en Víctimas de Delitos Sexuales²⁵, desarrollada desde fines del año 2008, y en la cual participaron activamente trabajadores sociales, psicólogos y psiquiatras de los principales organismos periciales a nivel nacional, tuvo como objetivo principal analizar el estado del arte en evaluaciones periciales de daño en el ámbito penal, y brindar orientaciones que permitan una mejor toma de decisiones en los procesos de investigación judicial, así como la unificación de criterios conceptuales y metodológicos para la adecuada respuesta a la pregunta psicolegal.

A este respecto la mesa de trabajo concluyó que, en su labor, el perito forense, con el fin de entregar un dictamen pericial, se debe basar en la aplicación de una metodología de evaluación forense de alta complejidad, la cual debe incorporar como procesos: el análisis de la pregunta psicolegal; el estudio de los antecedentes contenidos en la carpeta investigativa con la información relevante del caso; la formulación de hipótesis de trabajo en base a las cuales se planifica la evaluación; la realización de la entrevista forense con el peritado y sus figuras significativas, complementada con pruebas o técnicas psicológicas; e, idealmente, la supervisión técnica desde el inicio del procso y la revisión de éste y sus resultados; todo lo anterior otorgará validez al ejercicio forense y disminuirá la posibilidad de concluir erróneamente en base a antecedentes parciales.

Cabe señalar que en las etapas reseñadas anteriormente, el proceso de formulación de hipótesis de trabajo adquiere una relevancia central, puesto que es en este proceso de formulación y contrastación posterior, en el que la labor pericial adquiere rigor científico, permitiendo controlar la multiplicidad de variables intervinientes, incluido el sesgo del evaluador, para otorgar una respuesta válida a la pregunta psicolegal.

En este sentido, habiendo constatado la existencia de lesión psíquica, el evaluador deberá elaborar hipótesis explicativas provisorias que confirmen o

²⁵ Los participantes pertenecen a la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos de la Fiscalía Nacional; al Departamento de Protección de Derechos de SENAME Nacional; al Área de Salud Mental del Servicio Médico Legal; al Departamento de Psicología Forense del LABOCAR de Carabineros de Chile; al Centro de Atención a Víctimas de Atentados Sexuales (CAVAS) de la Policía de Investigaciones de Chile; a los centros de Víctimas de la División de Seguridad Pública del Ministerio del Interior; al Centro de Asistencia a Víctimas de Delitos Violentos (CAVI) Rancagua, perteneciente a la Corporación de Asistencia Judicial; al Departamento de Trabajo Social de la Universidad Católica Silva Henríquez; y al DAM Santiago, perteneciente a la Fundación León-Bloy.

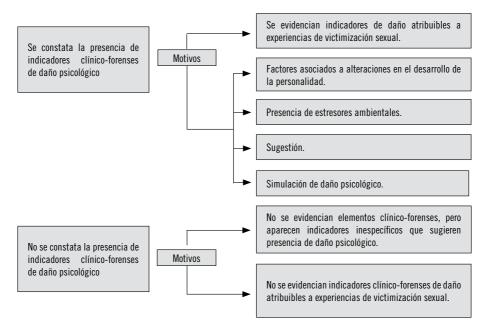
desestimen la presencia de daño psicológico atribuible a la experiencia de victimización sexual investigada. Estas hipótesis, formuladas considerando la lectura de antecedentes de la carpeta investigativa y el resto de los antecedentes de que se dispone, resultando relevantes la presencia de estresores vitales de distinta naturaleza, cuadros y afecciones médico psiquiátricas, características propias a la etapa evolutiva, factores socioculturales, patrones de crianza, entre otras, actuarán como guía para la exploración forense en la etapa de ejecución, fase en que tanto estos antecedentes y las hipótesis elaboradas deben ser contrastadas con el material forense recopilado.

De esta manera, es imprescindible que durante toda la implementación del dispositivo de evaluación, el perito elabore hipótesis comprensivas divergentes respecto de los elementos observados, generando explicaciones de carácter provisorio, tanto en relación a las consistencias registradas, como a las incongruencias manifestadas. Estas conjeturas cumplen la función de encausar la evaluación y el análisis, orientando al perito en ámbitos tales como el tipo de preguntas a formular, los contenidos a profundizar, los focos de observación, entre otros aspectos del estudio del caso. De esta manera, la formulación de hipótesis alternativas permitirá al evaluador identificar las fuentes relevantes que podrán proporcionar los insumos requeridos para ampliar, complementar, clarificar y precisar los antecedentes obtenidos durante la lectura de antecedentes, valorando la factibilidad de acceder a los contenidos que de ellas disponen.

La importancia de estas fuentes radica en su valor informativo respecto de la impronta que potencialmente puede haber ocasionado una experiencia de victimización sexual, u otros estresores o experiencias de naturaleza ambiental. Tal como se ha sostenido, un signo o indicador no basta por sí mismo para sostener la existencia de daño asociado al hecho, pero el cruce de estos datos antes indicados, así como otros elementos recogidos durante la ejecución, permitirá aproximarse al esclarecimiento de la dinámica psicológica del peritado y analizar la compatibilidad o correspondencia de ésta con las características o manifestaciones habitualmente observadas como resultado de una agresión sexual.

De esta manera, las variables de carácter temporal o cronológico, los contenidos ligados a dichas expresiones, y la compatibilidad o congruencia con la fenomenología de la agresión reportada, permitirán refutar o respaldar las hipótesis del caso. Al respecto, cabe señalar que pueden evidenciarse indicadores psicológicos, tanto inespecíficos como específicos, que adquieren sentido en la medida que se contextualizan en función de las áreas de análisis, teniendo en consideración, concomitantemente, las hipótesis explicativas alternativas a la victimización sexual, efectuándose, a partir del análisis realizado, la contrastación de cada una de ellas.

En virtud de lo señalado, se sugiere al perito psicólogo que en el curso del proceso de evaluación pericial contemple, como posibilidad, las siguientes hipótesis:



En el proceso de formulación y contrastación de hipótesis es preciso considerar, además de lo ya señalado, que la presencia de daño en la víctima responde a un proceso dinámico que tiene una evolución y un pronóstico particular. A este respecto, la evaluación pericial constituye una diligencia acotada a un tiempo específico, por lo tanto, corresponde a un corte transversal en el continuo de experiencias del peritado, aun cuando los hallazgos deban ser considerados en su historicidad.

Por lo anterior, el peritaje realizado de manera cercana a la ocurrencia del hecho investigado permite una evaluación de mayor riqueza en cuanto a la sintomatología aguda asociada al delito; sin embargo, podría incidir en una menor posibilidad de evaluar consecuencias de mediano o largo plazo, que van a depender del proceso de integración de dichas vivencias por parte del peritado, elementos que podrían ser de relevancia en el proceso judicial, sobre todo en lo que respecta a la determinación de la extensión del mal causado.

Por el contrario, cuando la evaluación pericial de daño se realiza en el contexto de la atención reparatoria, el hecho de que la evaluación constituya una actividad inherente a dicho proceso, que permite retroalimentar permanentemente la intervención, favorece una evaluación longitudinal del daño, y, por tanto, la posibilidad de considerar los síntomas e indicadores en su historicidad (p. ej. emergencia de síntomas, agudización, remisión), pudiendo el profesional dar cuenta de la evolución del daño en la víctima en el curso del proceso reparatorio. De esta manera, la evaluación pericial de daño diferida en el tiempo

podría resultar aportativa en la medida que permitiría observar la evolución de la sintomatología, pudiendo explicarse, a partir de este dinamismo, aquellos casos en que la víctima aún no refleja la afectación producto del hecho; o bien, por el contrario, aquellos casos en los que, al momento de la evaluación o en la realización de la audiencia, no se observa una aparente afectación.

Finalmente, no es posible dejar de mencionar la relevancia que en muchos casos adquiere en la configuración del daño la victimización secundaria, entendida como el conjunto de costos personales y consecuencias que tiene para la víctima su intervención en el proceso penal, variable que debe ser considerada, por tanto, en la formulación de hipótesis. Cabe señalar a este respecto que las consecuencias directas y concretas en la vida de la víctima como resultado de la develación y la posterior denuncia, así como la relación establecida entre la víctima y el sistema jurídico-penal (policía o sistema judicial), puede contribuir a agravar el daño psicológico de la víctima o a cronificar las secuelas psicopatológicas, potenciándose el daño en la medida que no se generan o adoptan los mecanismos adecuados para minimizarla.

Algunos ejemplos de la victimización secundaria los podemos observar en los efectos traumatizantes derivados de los interrogatorios policiales o judiciales repetidos, la falta de delicadeza o inadecuación de las preguntas formuladas, la exploración médico-forense y/o psicológica reiterada, la lentitud y demora de los procesos, la desinformación a la que es sometida la víctima, las estrategias de neutralización de la responsabilización del infractor mediante atribución de responsabilidad a la víctima, la crítica directa o encubierta a su estilo de vida o la puesta en tela de juicio de su testimonio y —en un sentido más extenso—los efectos del tratamiento informativo del suceso por parte de los medios de comunicación, antecedentes que deben ser considerados como variables que inciden en la configuración del daño psicosocial y, por ende, en los resultados de la evaluación pericial.

Respecto a la dimensión del trabajo referido a la ética profesional, y postura del profesional en la realización del peritaje, existe todo un debate en un escenario complejo que demanda por parte del profesional evitar acciones que refuercen el impacto psicológico negativo de la victimización secundaria, como ya se señaló, dimensión a estudiar como parte constitutiva del daño, lo que implica identificar y sintonizar con los tiempos del evaluado y no exigir o forzar la entrega de elementos prematuramente. Por otra parte, un tema no zanjado y que es objeto de preocupación, es el balance que debiese existir entre los requerimientos propios de una investigación judicial, en la que se pretende obtener evidencia para probar un delito, y la necesidad de resguardar el bienestar emocional de los niños, niñas o adolescentes involucrados en el proceso.

Entre otros aspectos, habrá que considerar la priorización de atención de casos de mayor urgencia vinculada a un mayor nivel probable de daño y/o riesgo de reiteración de una grave vulneración; calidad y calidez de los espacios de

trabajo, incluida la privacidad de la atención; la disponibilidad de profesionales capacitados que actúen con tacto, respeto y rigor; la actuación personalizada, atenta y delicada en relación a la situación que la persona está viviendo; la acotación del número de entrevistas a las exclusivamente necesarias; y, finalmente, la calidad de la información y orientación que las personas reciban sobre el proceso en que se encuentran.

Evaluación pericial psicológica de la credibilidad de testimonio versus evaluación pericial del daño

Finalmente, cabe señalar que se ha suscitado polémica respecto a la factibilidad técnica de que un perito evalúe daño y credibilidad de testimonio respecto de la misma víctima, cuestión que ha sido acogida y discutida por la mesa de trabajo interinstitucional. A este respecto, se estima que ambas solicitudes —evaluación de daño y evaluación de credibilidad— se encuentran orientadas a la consecución de un fin propiamente forense, en la medida que responden a solicitudes originadas dentro de un contexto procesal en que la labor del perito consiste en determinar, mediante procedimientos científicamente afianzados, la vinculación entre un cierto signo o síntoma psíquico y sus posibles causas, en el caso de la evaluación pericial de daño, y la determinación del mayor o menor grado en que la versión del evaluado se ajusta a características de relatos de personas que han vivido una situación real, en el caso de la evaluación de credibilidad del testimonio.

Cabe señalar que la metodología idónea para abordar ambas tareas presenta diferencias substanciales, lográndose a partir de la implementación de dispositivos que han sido construidos para el cumplimiento de objetivos disímiles.

A este respecto, para realizar el análisis de la credibilidad del testimonio, es fundamental promover en el entrevistado la capacidad para dar cuenta, con la mayor cantidad de detalle posible, de un hecho ocurrido en el pasado. Este relato se puede acompañar de referencias espontáneas del peritado a su estado mental al momento de la ocurrencia de los hechos, así como a los cambios experimentados en sus estados subjetivos durante el transcurso del evento o en forma posterior a éste, así como para el evaluador probablemente será posible detectar los componentes emocionales y afectivos gatillados por la evocación de la experiencia. Estos elementos son apreciados en el análisis del perito, por considerarse indicadores que otorgan validez al testimonio, quien los vincula e integra a los contenidos textuales y contextuales del relato para, en definitiva, valorar si dicha descripción resulta un relato fidedigno de la experiencia real.

Por el contrario, en la evaluación pericial de daño, si bien resulta importante para el análisis el conocimiento del delito denunciado, será de mayor relevancia el acceso a las consecuencias psíquicas de la experiencia impregnada en el aparato psíquico del evaluado, que permita un análisis retrospectivo y

un pronóstico, aún cuando no se logre acceder a la descripción detallada de la experiencia. Más allá de acceder a la carga afectiva ligada a la descripción de la experiencia, así como al significado que se le atribuye, se busca valorar la presencia de la eventual lesión psíquica dejada por la experiencia en el mundo intrapsíquico, así como la magnitud de ésta.

A este respecto, si bien estas evaluaciones pueden recurrir a las mismas fuentes de información, el peso referencial de los antecedentes que cada una de ellas aporte va a depender del objetivo pericial, lo que definirá un encuadre particular de trabajo, y la utilización de herramientas metodológicas, instrumentos, pruebas o sistemas de análisis de información específicos para cada solicitud.

Cabe recalcar, que ambos propósitos —pericia de credibilidad y pericia de daño— pueden ser cumplidos por un mismo evaluador, sin que los resultados de una condicionen los de la otra, siempre que se apliquen de manera rigurosa los dispositivos metodológicos que sirven a cada objetivo. En este sentido, la naturaleza de los mecanismos forenses para arribar a la conclusión pericial incorpora sistemas de control tendientes a evitar que el perito ceda al prejuicio, las falsas creencias o al sesgo confirmatorio, a través de un proceso de trabajo en base a hipótesis que adscriben a la metodología científica.

COMENTARIO AL FALLO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ACERCA DE LA APLICABILIDAD DE LOS ARTÍCULOS 5, 16, 17 Y 1 TRANSITORIO DE LA LEY 19.970, QUE CREA EL SISTEMA NACIONAL DE REGISTROS DE ADN

Catalina Duque González¹

I.- Antecedentes generales

La Ley N°19.970 que crea el Sistema Nacional de Registros de ADN, establece en su artículo 1 que dicho sistema nacional estará constituido sobre la base de huellas genéticas determinadas con ocasión de una investigación criminal. Entendiéndose por huella genética, para estos efectos, el registro alfanumérico personal elaborado exclusivamente sobre la base de información genética que sea polimórfica en la población, carezca de asociación directa en la expresión de genes y aporte sólo información identificatoria.

Para la determinación de la huella genética de un imputado, el artículo 17 de la Ley N°19.970, preceptúa que en caso de no haberse determinado la huella genética durante el procedimiento criminal, el tribunal ordenará en la sentencia condenatoria, que ésta se determine, previa toma de muestras biológicas si fuere necesario.

Este procedimiento de obtención de la huella genética y su posterior incorporación al registro, e integración a los antecedentes que consten en el prontuario penal de los condenados, ha sido objeto de controversias en cuanto a su constitucionalidad y legalidad. Estas controversias han sido ventiladas en las diversas instancias del sistema jurisdiccional, a saber, Juzgados de Garantía, Tribunales de Juicio Oral en lo Penal, Cortes de Apelaciones y Corte Suprema². Finalmente, es el Tribunal Constitucional quien, conociendo acerca de un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 5, 6, 16, 17, 18 y 1 transitorio de la Ley N°19.970³, resuelve y pone fin a las discusiones en torno a la constitucionalidad de dicho cuerpo legal, rechazando el requerimiento de inaplicabilidad deducido.

A continuación, atendida la relevancia de la sentencia del Tribunal Constitucional rol 1365-09, procederemos a exponer sus principales considerandos, los cuales darán cuenta del contexto de tramitación del requerimiento interpuesto,

¹ Abogada de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

La cual, en sentencias de 9 junio de 2009, Rol 371-09, y 3 de septiembre del 2009, Rol 4525-09, sostuvo que la toma de muestra conforme a la Ley N°19.970 no afecta la integración social y que el objeto de dicha Ley es mejorar los resultados investigativos, por medio de la utilización de la determinación de la huella genética.

³ Fallo del Excmo. Tribunal Constitucional de fecha 8 de abril de 2010, Rol 1365-09.

de las alegaciones presentadas por el requirente, y de las consideraciones efectuadas por el Tribunal Constitucional en torno a la materia.

II.- Antecedentes de la acción deducida

Como antecedente del requerimiento constitucional deducido, es necesario mencionar que consta en el libelo, que la defensa de J.M.C. interpuso recurso de protección en contra de Gendarmería de Chile de la Novena Región, con el objetivo de "evitar que se obligue al señor J.M.C. a someterse a exámenes corporales con la finalidad de conseguir muestras biológicas que permitan obtener su huella genética para incorporarla al Registro Nacional de ADN de Condenados, creado por la Ley N°19.970, en su calidad de condenado a tres años y un día de privación de libertad como autor de los delitos de homicidio frustrado e incendio, por sentencia dictada el 15 de noviembre de 2001, por el Juzgado del Crimen de Collipulli, en los autos Rol N°29.973". Adicionalmente, se señala que la pena aplicada fue conmutada por la de libertad vigilada ante el Centro de Reinserción Social de Temuco y que ésta se encontraba cumplida.

Denegado el recurso de protección, la defensa de J.M.C. procedió a interponer el respectivo recurso de apelación para ante la Corte Suprema, deduciendo coetáneamente el requerimiento objeto de nuestro estudio en sede de inaplicabilidad, con la finalidad de evitar que la Corte Suprema aplicara las normas de la Ley N°19.970 que se impugnan. En este sentido, la defensa de J.M.C. sostuvo que esas normas, facultan al Juez de Garantía para forzar el empadronamiento genético del señor J.M.C. y tal situación, de concretarse en este caso particular, vulneraría los artículos 1 incisos primero y cuarto, 5 inciso segundo, 19 N°1, 2, 3 inciso séptimo, y 4 de la Constitución Política, conjuntamente con tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

III.- Conflicto de constitucionalidad

a) Conflicto de constitucionalidad planteado

La parte requirente sostiene que la aplicación de los artículos 5, 6, 16, 17, 18 y 1 transitorio inciso segundo, de la Ley N°19.970, que crea el Sistema Nacional de Registros de ADN resulta contraria a la Constitución, específicamente a sus artículos 1 incisos primero y cuarto, 5 inciso segundo, 19 N°1, 2, 3 inciso séptimo, y 4. En este sentido, la sentencia señala que en "primer lugar, el requirente afirma que se afecta la garantía de igualdad constitucional, asegurada en el artículo 1 y en el numeral 2 del artículo 19 de la Constitución Política...; en segundo lugar, se denuncia la eventual vulneración del principio de la pena cierta y previa, que se encontraría recogido en el N°3 del artículo 19 de la Ley Fundamental...; en tercer término, se aduce la posible infracción al derecho a la privacidad asegurado en el numeral 4 del artículo 19 de la Constitución Política; en cuarto lugar, se denuncia la posible vulneración del derecho a la

integridad física y psíquica y de la dignidad humana,... por cuanto el Juez de Garantía competente podría ordenarle al señor J.M.C. la práctica de los exámenes de que se trata, pese a su oposición, y esto último podría derivar en el uso de la fuerza pública que afectaría directamente su integridad física y psíquica, es decir, sus derechos asegurados constitucionalmente en el N°1º del artículo 19 de la Carta Fundamental. Añade que tal circunstancia también podría afectar su dignidad, consagrada como base de la institucionalidad por el artículo 1º de la misma Constitución".

b) Conflicto de constitucionalidad sobre el cual se pronuncia el Excmo. Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional, en sus considerandos décimo y undécimo, circunscribe el conflicto en torno a los siguientes preceptos de la Ley N°19.970: "artículo 5, referido al Registro de Condenados; artículo 16, sobre incorporación de las huellas genéticas en los Registros del Sistema (que incluye el Registro de Condenados); artículo 17, que trata de la incorporación de huellas genéticas de imputados al Registro de Condenados; y artículo 1 transitorio, inciso segundo, que consigna la obligación de Gendarmería de Chile de informar a los condenados que no estuvieren recluidos el lugar y la oportunidad en que deberán proporcionar su muestra biológica, bajo apercibimiento de informar al tribunal respectivo sobre el incumplimiento de esta obligación". De esta forma, el requirente solicita al Tribunal Constitucional declarar la inaplicabilidad de las normas precedentemente mencionadas, por estimarlas contrarias a la Carta Fundamental, específicamente a sus artículos 1 incisos primero y cuarto, 5 inciso segundo, y 19 N°1, 2, 3 inciso séptimo, y 4.

Cabe mencionar que el Tribunal Constitucional, en el considerando séptimo, desecha pronunciarse sobre la inaplicabilidad de los artículos 6 y 18 de la Ley N°19.970, toda vez que "...las normas se refieren a las "huellas genéticas contenidas en los Registros de Imputados y de Víctimas" y a su eliminación, las que no podrían aplicarse en la decisión del recurso de protección que substancia la Corte Suprema -y que constituye la gestión pendiente en este proceso constitucional-, toda vez que el referido recurso incide en la situación de una persona "condenada" y que, por ende, se encuentra fuera de los supuestos fácticos contemplados en los artículos 6° y 18 de la Ley N°19.970. No podría llegarse a otra conclusión atendido el carácter concreto que rodea a la acción de inaplicabilidad y que ha sido latamente explicado por este Tribunal, entre otras, en sentencias roles N°s. 473, 478, 546, Capítulo I, 517, 535 y 1.295".

IV.-Exposición de los principales considerandos del fallo del Tribunal Constitucional

A continuación, expondremos los considerandos más relevantes respecto al tema objeto de nuestro estudio. Para una mayor claridad, mantendremos la

estructura de la sentencia del Tribunal Constitucional, la cual se divide en dos partes. En la primera parte, se aborda lo relativo al Sistema Nacional de Registros de ADN, y en la segunda se refiere lo concerniente a este sistema y la eventual afectación de derechos fundamentales.

- 1) Sistema Nacional de Registros de ADN
- a) Exámenes de ADN: En este punto el Tribunal Constitucional señala en considerando décimo primero que, "constituyen pericias científicas realizadas sobre muestras biológicas que contienen estas moléculas, destinadas a determinar secuencias exclusivas de una persona. Como resultado de lo anterior, se forma una 'huella genética' del individuo, que en el ámbito forense se contrasta con aquella hallada en el lugar de comisión de los hechos punibles o en la propia persona o ropas de la víctima, y cuando coinciden es posible concluir el grado de probabilidad de la autoría del sujeto de quien proceden las muestras" (HERRERA BRAVO, Rodolfo (2003) Los registros de ADN y los derechos constitucionales: ¿Cómo esquilar sin despellejar? En: Derecho y Tecnología, Vol. 2 N°2, pp. 22-23).
- b) Tipos de ADN: conforme al considerando décimo primero "Los científicos diferencian dos tipos de ADN: el codificante o expresivo y el no codificante. El primero de ellos se refiere a aquellos fragmentos del ácido nucleótido que determinan, por el orden de sus nucleótidos, a los diferentes genes que definirán las características de las personas a través de la síntesis proteica, indicando la secuencia de los aminoácidos de las proteínas que codifican y el grado de expresión del gen en cada tejido y en cada tiempo. Por sus propias características, en consecuencia, permite confeccionar perfiles del individuo que van más allá de su mera identificación. EL ADN no codificante, en cambio, se caracteriza por la gran variabilidad de sus secuencias de un individuo a otro, lo que lo vuelve idóneo para la identificación de personas, ya que –salvo casos especiales detectados por los científicos (como el de los gemelos univitelinos)–, no existen dos que tengan la misma secuencia de bases en el ADN".
- c) <u>Objetivos del legislador</u>: el fallo en el considerando décimo quinto señala que para el establecimiento del Sistema Nacional de Registros de ADN, regulado en la Ley N°19.970, el legislador tuvo presente los siguientes objetivos:
 - "Dotar a los órganos investigadores del máximo poder para esclarecer los delitos y demostrar la inocencia o culpabilidad de los involucrados en un ilícito.
 - Aprovechar la existencia de antecedentes de prueba que son objeto de tratamiento y detección en el curso de una investigación criminal -como la realización de exámenes de ADN-, cuya gestión integrada

- podía constituir un valioso aporte para el esclarecimiento de una multiplicidad de hechos de naturaleza delictiva.
- El particular nivel de confiabilidad que proporcionan las muestras de ADN, equivalente a un 99% de certeza en la identificación practicada.
- Se visualizó como objeto exclusivo del Registro de ADN, el facilitar el esclarecimiento de los hechos propios de una investigación criminal, particularmente en lo relativo a la identificación de las personas que fueren responsables de los mismos.
- Se dejó clara constancia de que, en ningún caso, podrá solicitarse o consultarse la información contenida en el referido Registro para otros fines o instancias que no sean los propios de un proceso criminal.
- Se afirmó que las muestras biológicas que el respectivo proyecto proponía se limitaban al ADN no codificante, que no revela otros datos que los meramente identificatorios (Mensaje N°150-345, de 10 de diciembre de 2001)".
- d) <u>Características del sistema de la Ley 19.970</u>: Se señalan como principales características del Sistema Nacional de Registros de ADN, en considerando décimo sexto, las siguientes:
 - "Carácter técnico del Sistema: La obtención de la huella genética se realizará por profesionales y técnicos que se desempeñen en el Servicio Médico Legal, o en instituciones públicas o privadas que se encuentren acreditadas para tal efecto ante dicho servicio. Su administración y custodia, por su parte, estará a cargo del Servicio de Registro Civil e Identificación (artículo 1°, inciso tercero y cuarto).
 - Reserva: El sistema al que se alude es reservado. La información en él contenida sólo podrá ser directamente consultada por el Ministerio Público y los tribunales. Las policías podrán tener acceso previa autorización del Ministerio Público, y los defensores públicos y privados, previa autorización del tribunal respectivo (artículo 2°, inciso primero).
 - <u>No discriminación</u>: Bajo ningún supuesto, el Sistema podrá constituir base o fuente de discriminación, estigmatización, vulneración de la dignidad, intimidad, privacidad u honra de persona alguna (artículo 2°, inciso segundo).
 - Privacidad: La información contenida en el Sistema y, en particular, las muestras biológicas y las huellas genéticas, se considerarán datos sensibles de sus titulares, según lo dispuesto en la Ley N°19.628, sobre protección de la vida privada (artículo 3°).

2) El Sistema de Registros de ADN y la afectación de derechos fundamentales

El fallo se pronuncia acerca de si el proceder a la toma de muestra biológica y a la posterior inclusión de la huella genética en un Registro de ADN, constituye una afectación a derechos fundamentales, tales como, la integridad física y psíquica, la dignidad, la igualdad ante la ley, el principio de la pena cierta y previa, y el derecho a la privacidad.

El considerando vigésimo, señala en este punto, que la obligación de extracción de la muestra biológica de J.M.C., a fin de ingresarla al Registro de Condenados que contempla la Ley N°19.970, "...vulnera los derechos asegurados a toda persona en el artículo 19, numerales 1º (derecho a la integridad física y psíquica); 2º (igualdad ante la ley); 3º inciso séptimo (legalidad de las penas y tipicidad), y 4º (derecho a la privacidad)". Sin embargo, en los considerandos vigésimo primero y vigésimo segundo se establece que dicha vulneración no es inconstitucional, lo que funda en el carácter no absoluto de los derechos fundamentales, señalando que "... este Tribunal debe partir por afirmar el carácter no absoluto de los derechos fundamentales, es decir, de aquellos que están reconocidos por el ordenamiento jurídico positivo, nacional e internacional. Es así como los derechos fundamentales pueden estar afectos a límites inmanentes o intrínsecos, dados por su propia naturaleza (como el derecho a la libertad personal que no puede invocarse por las personas jurídicas) o a límites extrínsecos, que se imponen por el Constituyente o el legislador, en atención a la necesidad de preservar ciertos valores vinculados a intereses generales de la colectividad (la moral, la seguridad nacional, el orden público, la salubridad pública) o a la necesidad de proteger otros derechos que representan asimismo valores socialmente deseables (por ejemplo, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación)".

Señala el Excmo. Tribunal Constitucional, que dichas limitaciones extrínsecas a un derecho fundamental, proceden cuando la limitación ha sido impuesta por la Constitución o la ley, cumpliéndose además los siguientes requisitos:

- 1.- Determinación y especificidad.
- 2.- Respeto al principio de igualdad, especialmente en cuanto deben estar establecidas con parámetros incuestionables, esto es, deben ser razonables y justificadas.
- 3.- No afectación de la esencia del derecho asegurado.

En cuanto al requisito de que la limitación haya sido impuesta por la Constitución o por la ley, el Tribunal Constitucional resuelve, en el considerando vigésimo tercero, que en el caso concreto se cumple con dicho requisito, mencionando que "considerando lo expuesto, debe tenerse presente que la limitación o restricción que pueden experimentar los derechos del señor J. M. C. al exigírsele la toma de muestra biológica, para ser incorporada al Registro de Condenados previsto en la Ley N°19.970, cumple con el requisito fundamental

de ser impuesta por ley. Los antecedentes que dieron origen al propio cuerpo legal mencionado dan cuenta de que se tuvo presente que el establecimiento de un sistema nacional de registros de ADN podía comportar restricciones a los derechos fundamentales de las personas que, eventualmente, podían ser incorporadas a ellos a través de la toma de muestra biológica respectiva. En efecto, en el Mensaje respectivo se lee que "no resulta fácil advertir el sentido que asume esta expresión (la necesidad del Estado de satisfacer una multiplicidad de necesidades sociales complejas en aras del bien común) en cada una de las situaciones que nos afectan, particularmente cuando ellas suponen la necesidad de restringir, e incluso vulnerar, derechos de algunos en beneficio de otros". Se agrega que "frente a situaciones límites, en que se plantea la necesidad de conflictuar derechos individuales, debe primar aquél que mejor sirve al bienestar común" (Mensaje N°150-345, de 10 de diciembre de 2001)".

En seguida, nos detendremos en los considerandos vigésimo quinto a trigésimo primero, que contemplan los restantes requisitos que el Tribunal Constitucional estima necesarios para que opere una restricción legítima respecto a determinados derechos fundamentales.

1.- Determinación y especificidad

Considerando vigésimo quinto "En este sentido, cabe tener presente que el artículo 5 de la Ley N°19.970, impugnado en estos autos, precisa el contenido del Registro de Condenados señalando que "contendrá las huellas genéticas de las personas que hubieren sido condenadas en un proceso criminal por sentencia ejecutoriada, en los casos a que se refiere el artículo 17 de esta ley". Agrega que "las huellas genéticas incluidas en este Registro deberán ser integradas adicionalmente a los antecedentes que constan en el prontuario penal de los condenados".

Considerando vigésimo sexto "En efecto, debe considerarse que la limitación que sufre el derecho a la integridad física, en cuanto la persona condenada que se encuentre dentro de los supuestos previstos por la Ley N°19.970 debe soportar que se le extraiga de su cuerpo la correspondiente muestra biológica, sin que pueda oponerse, se encuentra debidamente determinada y especificada, pues la integridad corporal no puede sufrir otro detrimento distinto a la toma de muestra indicada y tampoco puede afectar a cualquier persona sino que sólo a aquéllas previstas por la ley. Asimismo, de conformidad con el artículo 1º transitorio del cuerpo legal ya aludido -que también ha sido reprochado por el actor-, "el Servicio Médico Legal, o las instituciones públicas o privadas acreditadas ante él, determinarán la huella genética de las personas que se encontraren cumpliendo condena por alguno de los delitos señalados en el artículo 17, previa extracción de la muestra biológica respectiva en los establecimientos en que estuvieren internado". En el caso de los condenados que no estuvieren recluidos, Gendarmería de Chile les informará el lugar y la oportunidad en que deberán proporcionar su muestra biológica, bajo apercibimiento de informar

al tribunal respectivo sobre el incumplimiento de esta obligación. En otras palabras, las modalidades a través de las cuales debe extraerse la muestra biológica de las personas condenadas, a fin de ser incorporada al Registro respectivo, también se encuentran suficientemente determinadas y especificadas por la ley".

Considerando vigésimo séptimo "Por otra parte, también puede sostenerse que concurren los requisitos de determinación y especificidad que permiten afectar el derecho a la privacidad de las personas condenadas cuyas huellas genéticas sean incorporadas al Registro previsto en la Ley N°19.970. Sobre este punto, dicho cuerpo legal precisa que la huella genética alude sólo al registro alfanumérico personal elaborado exclusivamente sobre la base de información genética que sea polimórfica en la población, carezca de asociación directa en la expresión de genes y aporte sólo información identificatoria (artículo 1º, inciso segundo). Se trata, por ende, de una limitación legítima de la privacidad constituida por lo que la ciencia asocia a la obtención del "ADN no codificante", que no permite revelar ni indagar otras características de la personalidad -distintas de la identidad- o de la ascendencia de la persona afectada, lo que no ha sido desvirtuado en estos autos por evidencia que obligara a este Tribunal a concluir algo diferente. Por lo mismo, y de acuerdo con el artículo 3º de la ley, la información contenida en el Registro de Condenados (como en el resto del Sistema Nacional de Registros de ADN) y, en particular, las muestras biológicas y las huellas genéticas, se consideran "datos sensibles" de aquellos que define el artículo 2°, letra g), de la Ley N°19.628, a saber, "aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual". En el mismo sentido, el artículo 2º de la Ley N°19.970 garantiza el carácter secreto del Sistema Nacional de Registros de ADN, en cuanto sólo puede ser consultado por el Ministerio Público y por los tribunales o por los órganos públicos a quienes ellos autoricen. El artículo 11, impone el deber de reserva sobre la información relacionada con los registros respectivos a toda persona que intervenga en la toma de muestras, obtención de evidencias y determinación de huellas genéticas. Puede afirmarse, entonces, que la privacidad de las personas condenadas, que se encuentran en los supuestos descritos por la Ley N°19.970, se ve afectada, en forma precisa y determinada, y sólo en la medida que dicha afectación coadyuve al cumplimiento de los objetivos que persigue el legislador, según se profundizará más adelante".

2.-Respeto al principio de igualdad, especialmente en cuanto deben estar establecidas con parámetros incuestionables, esto es, deben ser razonables y justificadas

Este punto ha sido desarrollado universalmente por la doctrina y jurisprudencia constitucional. A nivel nacional podemos observar como Jorge Quinzio F.⁴,

⁴ Quinzio F. Tratado de Derecho Constitucional, tomo II, segunda edición actualizada (2006), pp. 161, 165 y166.

quien refiriéndose a la igualdad ante la ley señala, "la igualdad supone oportunidades iguales para todos y puede ser absoluta o relativa. La igualdad absoluta cuando todos deben ser tratados en las mismas condiciones. La igualdad relativa deben ser tratados igualmente quienes se encuentran en situaciones de hecho similares, o sea igualdad para los que se encuentran en las mismas condiciones...". Asimismo, la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1985, recaída en el proyecto de ley que establece normas para entidades financieras en liquidación, señala que "la igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias... en lo que respecta a diferencias arbitrarias, se entiende que merece dicha calificación toda diferencia que carezca de fundamento racional y que no se inspire en un propósito, de justicia o de prosecución del bien común, ya que en la práctica existen desigualdades creadas por la propia libertad y es atemperada por la ley que establece limitaciones dirigidas a impedir abusos". A mayor abundamiento, en la doctrina comparada Linares Quintana⁵ define la razonabilidad, indicando que ésta es "el cartabón o standard de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de la igualdad o la desigualdad".

El Tribunal Constitucional, refiere en su considerando vigésimo octavo que, "prosiguiendo con el análisis de la conformidad constitucional de las medidas limitadoras de derechos fundamentales que supone la aplicación de los preceptos legales impugnados en estos autos, en la causa sub lite, es necesario hacerse cargo del requisito de que tales limitaciones respeten el principio de igualdad ante la ley. Como quiera que la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad supone el ejercicio de un control concreto, para el asunto judicial de que se trata, según ya se ha explicado, la decisión en este punto deberá circunscribirse a dilucidar si la inclusión de la huella genética del señor J.M.C. en el Registro de Condenados importa una discriminación carente de justificación razonable, desechando cualquier enjuiciamiento general del sistema de registros de ADN, como ya se explicó.

En este sentido, este Tribunal ha entendido que la razonabilidad es el cartabón o estándar que permite apreciar si se ha infringido o no el derecho a la igualdad ante la ley asegurado por el artículo 19 N°2º de la Carta Fundamental. Así se ha afirmado que la igualdad ante la ley "consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuencialmente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición". En palabras del Tribunal Constitucional español, "no toda desigualdad de trato resulta contraria al prin-

⁵ Linares Quintana Segundo. Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado, tomo 4°. P. 263.

cipio de igualdad, sino aquella que se funda en una diferencia de supuestos de hecho injustificados de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados" (STC 128/1987).

Desde este primer punto de vista, cabe tener presente que la eventual aplicación de las normas –cuya constitucionalidad se impugna– al señor J. M. C. se debería a su calidad de condenado en la causa RIT N°29.973, sustanciada por el Juzgado de Letras de Collipulli. La inclusión de las huellas genéticas en el Registro de Condenados a que se refieren los artículos 5°, 16, 17 y 1° transitorio, inciso segundo, se produce respecto de un universo de personas constituidas por aquellas que hubieren sido condenadas en un proceso criminal por sentencia ejecutoriada, en los casos a que se refiere el artículo 17 de la Ley N°19.970, entre los que se encuentra el delito de homicidio en grado de frustrado. Luego, existe un tratamiento distinto entre este universo de personas condenadas y aquellas que lo sean por delitos diferentes a los mencionados en dicha norma legal. Ello obliga a reflexionar acerca de si tal distinción resulta razonable o justificada.

Sobre la base de los antecedentes recordados, puede afirmarse que la obligación de las personas condenadas por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 17 de la Ley N°19.970, de facilitar su huella genética para integrar el Registro de Condenados que prevé ese cuerpo legal, resulta razonable y sólida por su debida justificación, pues, por razones de política criminal, al Estado le interesa prevenir y sancionar, con particular energía, ese tipo de delitos atendida su gravedad. Con mayor razón si uno de los deberes que la Constitución impone al Estado es "dar protección a la población y a la familia" (artículo 1º, inciso final). Por lo demás, como ha sostenido este Tribunal, "no le corresponde sustituir el juicio propio del legislador ni juzgar la sabiduría o mérito de los instrumentos que emplea, incluso si ellos conllevan diferencias, a condición de que estos instrumentos diferenciadores se presenten como razonablemente idóneos para alcanzar fines constitucionalmente lícitos y se dé la proporcionalidad (...) (Sentencia Rol N°829, considerando 21º)".

3.- Sobre la no afectación de la esencia del derecho asegurado.

En este punto el fallo concluye que no se afecta la esencia del derecho a la privacidad, a tal conclusión arriba después de un análisis contenido desde los considerados trigésimo quinto al trigésimo séptimo, que lo medular se pasa a exponer:

Considerando trigésimo quinto: "Sobre el particular, debe tenerse presente que, tal como pudo advertirse al revisar los objetivos consignados en el Mensaje por el que se inició la tramitación del proyecto que sirvió de base a la Ley N°19.970, la sola existencia de un registro de muestras biológicas de personas condenadas por delitos de particular gravedad no sólo contribuye a facilitar la detección de situaciones de reincidencia delictiva, sino que, al mismo tiempo,

favorece la acreditación de la inocencia de quienes habiendo sido ya condenados pudieran ser imputados de la comisión de un nuevo delito. Desde este punto de vista, no puede estimarse que la extracción forzada de la muestra biológica de una persona condenada por alguno de los delitos previstos en el artículo 17 de la Ley N°19.970, le resulte intolerable, al punto de vulnerar su derecho a la igualdad ante la ley, si, precisamente, dicha muestra puede ser decisiva en la prueba de su inocencia futura".

Considerando trigésimo sexto: "Por otra parte, la afectación de los derechos fundamentales a la integridad física y psíquica y a la igualdad ante la ley del señor M. C. sólo puede ser constitucionalmente tolerada si fuera de ser impuesta por ley, estar rodeada de suficiente determinación y especificidad, ajustarse a criterios mínimos de razonabilidad y objetividad, respeta la esencia de los derechos mencionados. Como ha indicado esta Magistratura, "un derecho es afectado en su 'esencia' cuando se le priva de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible" (sentencia Rol N°43, considerando 21°)".

Considerando trigésimo séptimo: "Según lo que ya se ha observado, el derecho a la integridad física y psíquica del señor J.M.C. no se ve menoscabado en su esencia, toda vez que la inclusión de su huella genética en el Registro de Condenados a que se refiere la Ley N°19.970 sólo supone la toma de muestra biológica sin mayor detrimento corporal ni espiritual. De la misma forma, no se afecta la esencia de su derecho a la privacidad en la medida que la esfera íntima que toda persona desea resguardar de la injerencia de terceros no sufre ningún detrimento, en este caso, que no sea el estrictamente indispensable para la identificación respectiva, lo que, incluso, puede ser decisivo para probar su inocencia en la comisión de futuros hechos delictivos, según se ha expresado".

V.- Parte resolutiva

En sus considerados trigésimo octavo y siguientes, el Tribunal Constitucional señala que en conformidad al análisis efectuado, es posible sostener que no concurre una vulneración del derecho de igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 19 N°2 de la Constitución. Ahora bien, respecto a la aplicación de los artículos 5, 16, 17 y 1 transitorio inciso segundo, de la Ley N°19.970, este Tribunal estima que si bien importa una restricción de los derechos fundamentales a la integridad física y psíquica, y a la privacidad, dicha restricción es concordante con lo previsto por la Constitución. Por consiguiente, se rechaza el requerimiento en este punto. Tampoco se vulnera el principio de tipicidad y de legalidad de las penas, contemplado en el artículo 19 N°3 inciso séptimo de la Constitución. Finalmente, el Tribunal señala que la aplicación de los preceptos impugnados, tampoco configuran una infracción al valor de la dignidad humana consagrado en el artículo 1º inciso primero de la Ley Suprema, ni al deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos esenciales

que emanan de la naturaleza humana, previsto en el artículo 5º inciso segundo, de la misma Carta Fundamental.

Conforme a lo expuesto, se transcribe lo esencial de los referidos considerandos, a saber:

Considerando trigésimo octavo: "Que habiéndose constatado que la aplicación de los preceptos legales reprochados en este proceso constitucional no envuelve una vulneración al derecho a la igualdad ante la ley, asegurado por el artículo 19, N°2°, de la Carta Fundamental, se desechará la alegación contenida en el requerimiento sobre este vicio de constitucionalidad, y así se declarará".

Considerando trigésimo noveno: "Que, sin perjuicio de lo anterior, y por las consideraciones que se han efectuado, este Tribunal está en condiciones de concluir también que la aplicación de los artículos 5°, 16, 17 y 1° transitorio, inciso segundo, de la Ley N°19.970, en la causa que actualmente se ventila ante la Corte Suprema, bajo el Rol N°1972-2009, si bien importa una restricción de los derechos fundamentales a la integridad física y psíquica y a la privacidad del señor J.M. C. se ajusta, no obstante, a lo previsto por la Constitución, por lo que se desechará asimismo el requerimiento en cuanto a estas alegaciones".

Considerando cuadragésimo: "Que por similares consideraciones se rechazará la impugnación efectuada a dichos preceptos legales en razón de vulnerar su aplicación el principio de tipicidad y de legalidad de las penas, contemplado en el artículo 19 N°3°, inciso séptimo, de la Constitución, pues de todo lo que se ha expuesto queda meridianamente claro que la toma de muestra biológica que se impone a las personas condenadas, al tenor de lo previsto en la Ley N°19.970, no importa una "pena" sino que se trata de una medida de carácter administrativo destinada a conformar el registro respectivo. En este sentido, ilustrativo resulta el pasaje contenido en el informe evacuado por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, durante el tercer trámite constitucional del proyecto que dio origen a la Ley N°19.970, en el sentido de que por mucho que el inciso segundo del artículo 5º del proyecto indicaba que las huellas genéticas incluidas en el Registro de Condenados deban ser integradas adicionalmente a los antecedentes que consten en el prontuario penal de los condenados, "en ninguna parte del proyecto se sugiere que la huella genética forme parte del prontuario", lo que viene a corroborar que no se trata de una pena".

Considerando cuadragésimo primero: "Que de todo lo expresado fluye, como consecuencia lógica, que tampoco la aplicación de los preceptos legales impugnados en el requerimiento deducido en estos autos configura una infracción al valor de la dignidad humana consagrado en el artículo 1º, inciso primero, de la Ley Suprema, y al deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, previsto en el artículo 5º, inciso segundo, de la misma Carta Fundamental".

VI.- Conclusiones

Del estudio realizado, es posible concluir que el Tribunal Constitucional se pronuncia rechazando el requerimiento deducido, atendido a que si bien las disposiciones impugnadas pueden contener limitaciones a derechos constitucionales, éstas se encuentran debidamente justificadas por el constituyente. Por consiguiente, este fallo zanja finalmente las discusiones sostenidas, a partir de la entrada en vigencia de la Ley N°19.970, siendo posible enfatizar al respecto los siguientes puntos establecidos por el Tribunal:

- a) Carácter no absoluto de los derechos fundamentales, es decir, los derechos fundamentales pueden encontrar limitaciones en atención a la necesidad de preservar ciertos valores vinculados a intereses generales de la colectividad, tales como la moral, la seguridad nacional, el orden público, y la salubridad pública, o a la necesidad de proteger otros derechos que representan asimismo valores socialmente deseables, por ejemplo, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Las limitaciones o restricciones a un derecho fundamental proceden cuando la limitación es impuesta por la Constitución o la ley, cumpliéndose, además, los requisitos de determinación y especificidad, respeto al principio de igualdad, ser razonables y justificadas, y no afectar la esencia del derecho asegurado.
- b) Si bien las disposiciones impugnadas, contienen limitaciones a derechos constitucionales, éstas se encuentran debidamente justificadas por el constituyente, lo que se funda en el carácter no absoluto de los derechos fundamentales, referidos en la letra precedente.
- c) La limitación que sufre el derecho a la integridad física, en cuanto a que la persona condenada conforme a los supuestos previstos por la Ley N°19.970 debe soportar la extracción de la correspondiente muestra biológica, sin que pueda oponerse, se encuentra debidamente determinada y especificada, pues la integridad corporal no puede sufrir otro detrimento distinto a la toma de muestra indicada y tampoco puede afectar a cualquier persona, sino que sólo a aquellas previstas por la ley. Asimismo, las modalidades a través de las cuales debe extraerse la muestra biológica de las personas condenadas, a fin de ser incorporada al Registro respectivo, también se encuentran suficientemente determinadas y especificadas por la ley.
- d) Concurren los requisitos de determinación y especificidad, se trata de un ADN no codificante conforme al artículo 1º inciso segundo. El artículo 3 señala que las muestras biológicas y las huellas genéticas, se consideran "datos sensibles" de aquellos que define el artículo 2º, letra g), de la Ley N°19.628. En el mismo sentido, el artículo 2º de la Ley N°19.970 garantiza el carácter secreto del Sistema Nacional de Registros de ADN, en cuanto sólo puede ser consultado por el Ministerio Público, por los Tribunales, y por los órganos públicos a quienes ellos autoricen. Finalmente el artículo

- 11, impone el deber de reserva sobre la información relacionada con los registros respectivos a toda persona que intervenga en la toma de muestras, obtención de evidencias y determinación de huellas genéticas.
- e) Sobre el principio de igualdad ante la ley, el Tribunal señala en considerando vigésimo noveno que "se ha afirmado que la igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuencialmente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta, sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición". De conformidad a lo anterior, la incorporación de huellas genéticas al Registro de Condenados que contempla la Ley N°19.970 se produce sólo respecto de aquellas personas condenadas por delitos que, a juicio del legislador, revisten particular gravedad y que, consecuentemente, a la sociedad toda le interesa evitar y reprimir de manera especial.
- f) Los preceptos legales cuya constitucionalidad se alega no vulneran el principio de tipicidad y de legalidad de las penas, contemplado en el artículo 19 N°3 inciso séptimo, de la Constitución, pues la toma de muestra biológica que se impone a las personas condenadas, al tenor de lo previsto en la Ley N°19.970, no importa una pena, sino que se trata de una medida de carácter administrativo destinada a conformar el registro respectivo.
- g) El Tribunal concluye que los preceptos legales impugnados no configuran una infracción al valor de la dignidad humana consagrado en el artículo 1, inciso primero de la Constitución, ni al deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, previsto en el artículo 5, inciso segundo, de nuestra Carta Fundamental.

UNIDAD ESPECIALIZADA EN LAVADO DE DINERO, DELITOS ECONÓMICOS Y CRIMEN ORGANIZADO

MODIFICACIONES A LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Alejandro Moreira Dueñas¹

Introducción

Durante este año, se promulgó la Ley 20.435 que introdujo importantes modificaciones al marco jurídico penal aplicable a las infracciones contra la Ley de Propiedad Intelectual. El objetivo de este artículo es analizar este nuevo escenario legal, destacando las diferencias que presenta con la anterior normativa.

Para efectos metodológicos, agruparemos las materias modificadas en cuatro grupos: cambios introducidos al marco penal; variaciones en aspectos procesales; reformas en materia de excepciones al derecho de autor; y, por último, las nuevas regulaciones acerca de los proveedores de servicios de internet. Nos referiremos por separado a cada uno de estos ámbitos.

1. Los nuevos tipos penales

Como punto de partida, es preciso referirse brevemente a las características generales del anterior marco penal con el objeto de resaltar las diferencias con la nueva regulación.

En la anterior legislación, existían 11 delitos agrupados en los antiguos artículos 79, 80, 81 y 81 ter, todos ellos tenían como bien jurídico protegido a los aspectos morales y patrimoniales de la propiedad intelectual; en materia de sanciones, contemplaban sanciones corporales, que por ejemplo, para el delito de piratería era de presidio menor en su grado mínimo, y multas, cuyo máximo rango era de 100 UTM, que era la sanción asociada a comportamientos vinculados a la información sobre gestión de derechos.

Era marcada la presencia de delitos que la doctrina penal define como "tipos penales en blanco", ya que para comprender el sentido de la conducta incriminada, era necesario recurrir a las definiciones que la propia ley contemplaba, como por ejemplo, en el caso de los ilícitos relacionados con las "planillas de ejecución".

En términos generales, la anterior legislación penal consagrada en la Ley 17.336, podía calificarse de extremadamente detallista, característica que ocasionaba que muchos de los comportamientos contrarios a la ley de propiedad intelectual fueran constitutivos de infracciones de carácter penal, lo que llevaba a concluir que no solamente daba lugar a una responsabilidad criminal la venta

¹ Abogado de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

de productos falsificados, sino que también existía una serie de otros comportamientos muy distintos.

Refiriéndonos ahora a la nueva regulación penal, a nuestro juicio no presenta mayores diferencias con la anterior normativa.

En efecto, las materias de incriminación siguen siendo prácticamente las mismas, la ley ha creado escasos nuevos delitos y no ha derogado ningún ilícito, tampoco ha dejado atrás la técnica de recurrir a leyes penales en blanco, en otras palabras, en general, la "reforma" es más aparente que real, pues el resultado final fue más que nada un ajuste al orden de los delitos y a su agrupación de una manera más coherente, sin perjuicio de lo que indicamos a continuación.

Donde sí pueden apreciarse notables diferencias es en materia de cuantía de las sanciones: por ejemplo, a propósito de las penas privativas de libertad, ellas van desde 1 día de prisión hasta casos en que incluso podrían superarse los 5 años de presidio. En cuanto a las penas pecuniarias, ellas podrían llegar hasta las 2000 UTM.

En cuanto a los tipos penales, el nuevo Párrafo II del Capítulo II de la Ley 17.366, titulado "De los delitos contra la propiedad intelectual", los separa en cuatro grandes grupos: por un lado está el delito de piratería, consagrado en el artículo 81; por otro, el delito de plagio, que ahora se ubica en el artículo 79 bis; formando un grupo distinto se encuentran los delitos relacionados con usos no autorizados de obras protegidas (ya sea privadas, pertenecientes al dominio público o al patrimonio cultural común) en donde también es posible incorporar las figuras de falsedad, ya que se encuentran vinculadas a dichos usos; y, por último, los tipos penales relacionados con la información sobre la gestión de derechos.

A continuación describiremos estos grupos de figuras delictivas adoptando la metodología tradicional que se sigue en los análisis de tipo jurídico-penal.

1.1. El delito de piratería

El artículo 81 consagra este delito de la siguiente manera:

Comete delito contra la propiedad intelectual y será sancionado con pena de reclusión menor en su grado mínimo y multa de 50 a 800 unidades tributarias mensuales, el que tenga para comercializar, comercialice o alquile directamente al público copias de obras, de interpretaciones o de fonogramas, cualquiera sea su soporte, reproducidos en contravención a las disposiciones de esta ley.

El que con ánimo de lucro fabrique, importe, interne al país, tenga o adquiera para su distribución comercial las copias a que se refiere el inciso anterior, será sancionado con las penas de reclusión menor en su grado medio a máximo y multa de 100 a 1.000 unidades tributarias mensuales.

Como puede apreciarse, la ley contempla dos hipótesis delictivas distintas, por lo que analizaremos separadamente cada una de ellas.

1.1.1. Inciso primero. Distribución directa al público

Aquí la ley sanciona tres comportamientos distintos, a saber, la tenencia para comercializar, la efectiva comercialización y el alquilar determinados objetos, conductas que deben realizarse directamente hacia el público.

En estricto rigor, se trata de un solo comportamiento, la facilitación de copias ilegítimas al público, ya que la forma en que la entrega se materialice, es decir, el título que la antecede, puede constituir algún acto de comercialización, uno de los cuales puede ser la venta, pero no se limita únicamente a dicha forma de contratar, ya que también considera el arriendo o alquiler de las mismas copias.

Técnicamente, la tenencia para comercializar, no es más que un acto que antecede la comercialización y que puede ubicarse dentro de los actos previos a la consumación, específicamente, y dentro del lenguaje utilizado por la teoría del iter criminis, estaríamos hablando de una tentativa. Con todo, a través de esta redacción, lo que se ha hecho es equiparar la etapa de tentativa con la de consumación, probablemente porque se estimó que la sola tenencia ya era un comportamiento que merecía la misma sanción que la efectiva comercialización y no la rebaja de dos grados que corresponde aplicar en casos de delito tentado. Por otro lado, pareciera que la tenencia para alquilar configuraría una hipótesis de tentativa, pues no está especialmente equiparada con el acto de alquilar.

Siempre en relación con la tenencia para comercializar, cabe hacer presente que la ley no entrega criterios para determinar cuándo una persona posee copias con la intención de comercializarlas, por lo que se tratará de un asunto de indicios que apunten hacía la finalidad que presuntamente perseguía la persona que fue sorprendida con las especies, sin comercializarlas.

En cuanto al significado de la frase "directamente al público", estimamos que se refiere a situaciones en que las copias son ofertadas hacia una persona en particular o hacia un grupo indeterminado de ellas, constituyendo el ejemplo más clásico la situación de personas que en la vía pública, y a viva voz, ofrecen para la venta productos falsificados. También podrían caer dentro de este calificativo, todas las conductas en que se ofrezcan productos por otros medios, como puede ser internet.

Respecto del objeto material del delito, este corresponde a "copias de obras, de interpretaciones o de fonogramas" reproducidas contraviniendo las disposiciones de la Ley 17.336. El hecho que la ley se refiera a las "copias" marca la distinción de esta figura con otras de la misma ley de propiedad intelectual; esto quiere decir que a través de este artículo no se protege la integridad de la obra, sino que la expresión patrimonial del derecho de autor y que concede al titular del

derecho de propiedad intelectual la facultad exclusiva para autorizar la reproducción de sus obras.

Para saber a qué obras se refiere la ley, es necesario revisar el catálogo que se contiene en el artículo 3, en donde, por ejemplo, además de los fonogramas e interpretaciones, caen en esta hipótesis los programas computacionales, las producciones cinematográficas, entre otros. También estimamos oportuno destacar que en virtud de las modificaciones legales de la Ley 20.435, comentadas en este artículo, se incorpora como objeto material del ilícito descrito en el artículo 81 las copias de los libros, esto ya que se ha modificado el artículo 11 de la Ley 19.227, también conocida como "Ley del Libro".

Las copias a que se refiere el artículo 81 deben haber sido obtenidas "en contravención a las disposiciones" de la misma Ley 17.336. En la mayoría de los casos, se tratará de copias cuya (re) producción ni el autor ni tampoco el titular del derecho conexo han autorizado, en lenguaje coloquial, se trata de las copias "piratas" de obras. Obviamente que si dicha autorización existe, alegación que podría ser esgrimida por la defensa, deberá acreditarse con los medios de prueba necesarios. Esto es diferente a exigir que la Fiscalía demuestre la "no autorización", pues se trataría de un hecho negativo e invertiría, ilógicamente, la carga de la prueba.

En cuanto la materialidad de estas copias, es decir, a la forma en que ellas se encuentran, la ley indica que es indiferente el soporte de que se trate, luego, puede tratarse de una fotocopia, un disco compacto grabado, un DVD o incluso un archivo digital.

De la forma en que está redactado este tipo penal, se confirma la interpretación que ya se hacía de la anterior normativa en el sentido que el sujeto activo de este delito, y quien en definitiva es objeto de la sanción penal, es el vendedor o arrendador y no el comprador o arrendatario.

A propósito del elemento subjetivo, se destaca que el nuevo marco legal elimina la exigencia de ánimo de lucro en esta primera hipótesis, con lo que a nuestro juicio la norma gana en claridad, ya que era reiterativo exigir que el sujeto activo actúe dolosamente, es decir, que conozca que, por ejemplo, comercializará bienes falsificados y que, además, ejecute dicho comportamiento con ánimo de lucro, ya que el sentido natural y obvio de la expresión comercializar, supone que se realiza con la intención de obtener una ganancia.

La sanción para esta primera hipótesis es de presidio menor en su grado mínimo y multa de 50 a 800 UTM. Aquí encontramos una diferencia con la anterior legislación, ya que este comportamiento se castigaba únicamente con la pena de presidio menor en su grado mínimo, no existiendo penas pecuniarias asociadas a aquél.

1.1.2. Segunda hipótesis. Distribución comercial

La orientación de la ley en esta segunda hipótesis está dirigida a sancionar penalmente conductas distintas a las analizadas anteriormente, radicando la más clara diferencia en el contexto en que ellas se realizan, o dicho de otra forma, la distinción está en el objetivo que se persigue por parte del sujeto activo, ya que en este caso no se busca vender directamente al público sino que se trata de una situación que generalmente la precede, a la que el legislador ha denominado "distribución comercial".

Es así como la ley tipifica cinco clases de comportamientos: fabricar, importar, internar al país, tener y adquirir las especies ilícitas, con el objetivo de distribuirlas comercialmente. Todas estas actuaciones dicen relación con etapas que se presentan con anterioridad a la comercialización directa al público, y que se entendió necesario distinguir de aquella, ya que se trata de conductas que lesionan más gravemente el bien jurídico protegido a diferencia de la hipótesis del inciso primero.

La práctica ha demostrado que existen sujetos que únicamente se dedican a fabricar las especies ilegítimas, como por ejemplo los administradores de una imprenta clandestina, y no a venderlas directamente al público. También se han presentado casos de comerciantes que venden a personas que tienen negocios establecidos, y numerosas situaciones en que las especies son importadas o internadas a nuestro país, con el objetivo de ingresarlas al mercado nacional. Todas estas realidades son abarcadas por el tipo objetivo de esta segunda hipótesis.

En cuanto al objeto material del delito, este es el mismo que en el inciso primero, por lo que nos remitimos a lo señalado anteriormente a propósito de la primera hipótesis.

En lo que respecta al tipo subjetivo, cabe hacer presente que, por una razón difícilmente entendible, la nueva normativa exige que el sujeto activo actúe con "ánimo de lucro", requisito no contemplado en la primera hipótesis y que en definitiva nada aporta a la configuración del ilícito, luego, su presencia dentro del tipo pareciera más bien neutra.

Hay que hacer presente que este tipo de comportamientos de todas maneras era objeto de sanción bajo el imperio de la antigua normativa, sin embargo, se estimó que la pena no era ajustada al desvalor de la conducta y es así como la pena contemplada para esta segunda hipótesis es de presidio menor en su grado medio a máximo y multa de 100 a 1000 UTM.

Como comentario final, nos parece que el diseño del nuevo marco legal no ha previsto una situación bastante recurrente y que dice relación con los casos en que una persona tenga los medios suficientes para fabricar copias ilegales de obras, pudiendo aplicarse la hipótesis segunda, pero que también se dedique

personalmente a venderlas al público, hecho que haría aplicable la hipótesis primera. Creemos que este caso sólo podría sancionarse en virtud del inciso primero, ya que al momento de fabricar el hechor no estaría buscando distribuir comercialmente las copias, sino que venderlas directamente al público.

1.1.3. Regla de reincidencia

Antes de la reforma, la ley incluía una regla de determinación de la pena que regulaba los casos de reincidencia y que ordenaba al tribunal elevar en un grado la sanción a quien era nuevamente condenado por aplicación del antiguo artículo 80 letra b).

Actualmente la situación es distinta. En efecto, la regla de reincidencia se encuentra ahora en el nuevo artículo 82 que tiene aplicación para cualquier delito establecido en la Ley de Propiedad Intelectual, y no únicamente para el ilícito de piratería, y en segundo lugar, su configuración tiene una doble consecuencia: para la pena privativa de libertad, el mandato dirigido al juez es aplicar la pena máxima que la ley asigna a cada delito en particular, es decir, y a modo de ejemplo, la pena máxima que podría determinarse al reincidente del delito de piratería en su primera hipótesis es de 540 días, concretando una marcada diferencia con la anterior legislación, en la que, como dijimos, el juez podía elevar la sanción en un grado. En lo que respecta a la pena pecuniaria, el juez estará obligado a aplicar el doble de la multa que se impuso en la sentencia anterior, la que en todo caso no podrá ser superior a 2000 UTM.

1.1.4. Regla especial para agrupación de personas y asociación ilícita

En la nueva normativa se incorpora una disposición especial para los casos en que exista una agrupación de individuos o una asociación ilícita, regla que está reservada para los casos en que se trate del delito de piratería contemplado en el nuevo artículo 81. Esta norma se encuentra en el artículo 83 en los siguientes términos:

Tratándose de los delitos previstos en el artículo 81, la pena aumentará en un grado si el responsable formare parte de una agrupación o reunión de personas para cometer dichos delitos, sin incurrir en los delitos de asociación ilícita.

En el caso del artículo 293 del Código Penal, se aplicará además una multa de 100 a 1.000 unidades tributarias mensuales; y de 50 a 500 unidades tributarias mensuales en el caso del artículo 294 del Código Penal.

Esta técnica legislativa no es novedosa. Ya en el artículo 19 letra a) de la Ley 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y psicotrópicos se utilizó este recurso con la finalidad de agravar la pena que podría aplicarse en ciertos casos. En esta oportunidad, el legislador la introdujo únicamente para castigar con mayor severidad al grupo de individuos que cometan el delito de

piratería y no otros que la misma Ley 17.336 enumera, es decir, si se trata de una reunión de personas que cometen el delito de plagio, la norma en comento no es aplicable.

La disposición está redactada en términos imperativos, luego, si se acreditan los supuestos que revisaremos a continuación, el Tribunal debe aumentar en un grado la pena privativa de libertad que corresponda de acuerdo a la hipótesis del artículo 81 de que se trate o aplicar las multas adicionales que establece el inciso segundo (asociación ilícita).

El artículo 83 se refiere a dos situaciones claramente diferenciables: en el inciso primero, se puede observar la presencia de dos elementos, uno positivo y otro negativo; en primer lugar, debe existir una "agrupación o reunión" de personas que cometan delitos de piratería y, en segundo lugar, esta agrupación o reunión no debe ostentar las características de una asociación ilícita, las que según la opinión mayoritaria, corresponden a la permanencia en el tiempo, el programa criminal y la jerarquía que debe existir entre sus miembros. En la práctica, hechos como los regulados en esta hipótesis son frecuentes, ya que en general existe división del trabajo, como en los casos de venta en la vía pública de obras falsificadas, donde algunas personas se ocupan de ofrecer las especies y otras de vigilar por la eventualidad que se acerquen funcionarios policiales, o también se puede apreciar división cuando un importador trae al país obras falsificadas y un tercero se encarga de distribuirlas dentro de nuestro territorio.

La hipótesis del inciso segundo se refiere a casos en que exista una asociación ilícita tal como está descrita en el artículo 292 del Código Penal. Luego, debe tratarse de un grupo de personas, entre las que exista jerarquía, permanencia en el tiempo, y acuerdo o adhesión a un programa criminal, que en la especie se manifiesta en la intención de cometer delitos como los descritos en el artículo 81 en cualquiera de sus hipótesis. En este escenario, y únicamente por su responsabilidad en el delito de asociación ilícita, la pena privativa de libertad aplicable para los jefes, los que hubieren ejercido mando en ella y sus provocadores será de presidio menor en cualquiera de sus grados y la cuantía de la multa será de 100 a 1000 UTM. Los otros individuos que hubieren tomado parte en la asociación, podrán ser castigados con la pena de presidio menor en su grado medio o presidio menor en su grado mínimo, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 294 del Código Penal, en este caso, la pena de multa será de 50 a 500 UTM.

Por último, es importante tener presente que de acuerdo al artículo 294 bis del Código Penal, la aplicación del inciso segundo del artículo 83 de la Ley 17.336 es independiente de la pena que corresponda por el delito cometido con motivo u ocasión de la asociación ilícita, por lo tanto, además de la pena que corresponda por el artículo 81 se aplicarán la penas privativas y pecuniarias anteriormente señaladas.

1.2. El delito de plagio

Esta infracción se encuentra regulada en el nuevo artículo 79 bis en los siguientes términos:

El que falsifique obra protegida por esta ley, o el que la edite, reproduzca o distribuya ostentando falsamente el nombre del editor autorizado, suprimiendo o cambiando el nombre del autor o el título de la obra, o alterando maliciosamente su texto, será sancionado con las penas de reclusión menor en su grado mínimo y multa de 10 a 1.000 unidades tributarias mensuales.

En la antigua normativa, este delito se encontraba establecido en el artículo 79 letra c) en los mismos términos en cuanto a la descripción del comportamiento prohibido, por tanto, éste continua siendo, según el concepto elaborado en doctrina, "el apoderamiento ideal de una obra ajena, bien haciéndola pasar como propia, o bien, utilizando los elementos creativos de aquélla para la elaboración de una nueva creación ilegítima".

La única diferencia radica en la sanción; ahora este delito se castiga con la pena de reclusión menor en su grado mínimo, mientras que anteriormente era de presidio menor en el mismo grado, y respecto a la cuantía de la multa también hay (importantes) variaciones, ya que ésta pasó de las 5 hasta 50 UTM contempladas en la anterior regulación, a las 10 hasta 1000 UTM que ahora impone la ley. Cabe hacer presente que la multa continúa siendo una pena copulativa al castigo privativo de libertad.

1.3. Infracciones relacionadas con la información sobre gestión de derechos

Este grupo de delitos ahora se ubica en los artículos 84 y 85, los que señalan lo siguiente:

Artículo 84. Incurrirá en responsabilidad civil el que, sin autorización del titular de los derechos o de la ley y, sabiendo o debiendo saber que inducirá, permitirá, facilitará u ocultará una infracción de cualquiera de los derechos de autor o derechos conexos, realice alguna de las siguientes conductas:

- a) Suprima o altere cualquier información sobre la gestión de derechos.
- b) Distribuya, importe para su distribución, emita, comunique o ponga a disposición del público copias de obras o fonogramas, sabiendo que la información sobre la gestión de derechos ha sido suprimida o alterada sin autorización.
- c) Distribuya o importe para su distribución, información sobre la gestión de derechos, sabiendo que la información sobre la gestión de derechos ha sido alterada sin autorización.

El que realice alguna de las conductas descritas en los literales precedentes, será sancionado con pena de multa de 25 a 150 unidades tributarias mensuales.

Artículo 85. Para los efectos de lo dispuesto en el artículo precedente, se entenderá que es información sobre la gestión de derechos:

- a) La información que identifica a la obra, a la interpretación o ejecución o al fonograma; al autor de la obra, al artista intérprete o ejecutante, o al productor del fonograma; o al titular de cualquier derecho sobre la obra, interpretación o ejecución o fonograma.
- b) La información sobre los términos y condiciones de utilización de las obras, interpretación o ejecución o fonograma.
- c) Todo número o código que represente tal información, cuando cualquiera de estos elementos estén adjuntos a un ejemplar de una obra, interpretación o ejecución o fonograma o figuren en relación con la comunicación o puesta a disposición del público de una obra, interpretación o ejecución o fonograma.

Estas infracciones fueron incorporadas a nuestra legislación en virtud de las modificaciones que la Ley 19.914 impuso, con el objetivo de adecuar nuestra normativa a las exigencias del Tratado de Libre Comercio suscrito entre Estados Unidos y Chile.

Lamentablemente los errores que era factible leer en el anterior articulado², se siguen repitiendo en la ahora vigente normativa, que en todo caso, no introdujo ningún cambio en la descripción del comportamiento típico.

La diferencia se encuentra, nuevamente, a nivel de pena, ya que anteriormente la sanción asignada en la ley era de presidio menor en su grado mínimo o multa de 5 a 100 UTM y ahora es de 25 a 150 UTM, se trata entonces únicamente de una recriminación de tipo pecuniaria.

Durante la discusión de la Ley 19.914, el diputado Burgos señaló: "El artículo 81 bis, que modifica la ley 17.336, de Propiedad Intelectual, señala: Incurrirá en responsabilidad civil el que, sin autorización del titular de los derechos o de la ley y sabiendo o debiendo saber que inducirá -primer verbo rector-, permitirá -verbo rector-, facilitará -verbo rector- u ocultará una infracción de cualquiera de los derechos de autor o derechos conexos, realice una o más de las siguientes conductas: a) Suprima...b) Distribuya...c) Distribuya ¡En qué estamos! ¿Los verbos rectores están en el encabezado o en la enumeración? Eso no se va a entender por un juez. Hay que clarificarlo. Pero, a mi juicio, tiene otro problema, porque el encabezamiento dice: Incurrirá en responsabilidad civil el que, sin autorización...", y después, se señala: "El que realice cualquiera de las conductas descritas en los literales a), b) y c) de este artículo sin autorización y a sabiendas que inducirá, permitirá, facilitará u ocultará una infracción de cualquiera de los derechos de autor o derechos conexos protegidos por esta ley, será castigado con la pena de presidio menor en su grado mínimo o multa de 5 a 100 UTM. ¡En qué estamos! ¿es responsabilidad civil o penal? Me parece que aquí hay un problema. O es responsabilidad civil y penal arriba, o ambas, o simplemente es responsabilidad civil. En consecuencia, no hay pena de presidio. Esta norma es ininteligible".

1.4. Usos no autorizados e infracciones relacionadas

Este grupo de infracciones se encuentran en dos disposiciones, por un lado encontramos el artículo 79 y por otro el artículo 80. Comenzaremos nuestro análisis con el primero de ellos.

Artículo 79. Comete falta o delito contra la propiedad intelectual:

- a) El que, sin estar expresamente facultado para ello, utilice obras de dominio ajeno protegidas por esta ley, inéditas o publicadas, en cualquiera de las formas o por cualquiera de los medios establecidos en el artículo 18.
- b) El que, sin estar expresamente facultado para ello, utilice las interpretaciones, producciones y emisiones protegidas de los titulares de los derechos conexos, con cualquiera de los fines o por cualquiera de los medios establecidos en el Título II.
- c) El que falsificare o adulterare una planilla de ejecución.
- d) El que falseare datos en las rendiciones de cuentas a que se refiere el artículo 50.
- e) El que, careciendo de autorización del titular de los derechos o de la ley, cobrare derechos u otorgase licencias respecto de obras o de interpretaciones o ejecuciones o fonogramas que se encontraren protegidos.

Las conductas señaladas serán sancionadas de la siguiente forma:

- 1. Cuando el monto del perjuicio causado sea inferior a las 4 unidades tributarias mensuales, la pena será de prisión en cualquiera de sus grados o multa de 5 a 100 unidades tributarias mensuales.
- 2. Cuando el monto del perjuicio causado sea igual o superior a 4 unidades tributarias mensuales y sea inferior a 40 unidades tributarias mensuales, la pena será de reclusión menor en su grado mínimo y multa de 20 a 500 unidades tributarias mensuales.
- 3. Cuando el monto del perjuicio sea igual o superior a 40 unidades tributarias mensuales, la pena será de reclusión menor en su grado mínimo y multa de 50 a 1.000 unidades tributarias mensuales.

Las letras a, b, c y d ya estaban presentes en la anterior normativa, sin embargo, el antiguo 80 letra a) pasa ahora a ser la nueva letra d) de este artículo 79 y la antigua letra d) de la misma norma, ahora es la nueva letra c)³. Además se crea un nuevo delito que se incorpora como letra e).

Los comportamientos descritos en las letras a y b, dicen relación con conductas que infringen la Ley de Propiedad Intelectual, pues vulneran los derechos de

Recuérdese que el antiguo artículo 79 letra c) es ahora el nuevo artículo 79 bis y que se refiere al plagio.

exclusividad que tiene el autor o el titular del derecho conexo sobre la obra, como por ejemplo, la facultad de permitir la ejecución pública, esto es lo que quiere decir la ley cuando se refiere al artículo 18 de la propia Ley 17.336 o al título II que consagra las atribuciones que se poseen los titulares de derechos conexos.

En cuanto a las letras c y d, ellas están vinculadas a falsedades que se cometen en ciertos instrumentos (planillas de ejecución o contrato de edición regulado en el artículo 48) las que están estrechamente relacionadas con la utilización de obras protegidas, ya que el principio es que si el titular autoriza, por ejemplo, la edición de su obra, lo haga con el objetivo de recibir una contraprestación económica cuyo monto se calculará en base a la información que exista en documentos como los mencionados.

La letra e) es nueva dentro del catálogo de delitos contra la propiedad intelectual; en este caso, la conducta sancionada consiste en arrogarse ilícitamente los derechos sobre una obra protegida y otorgar licencias o cobrar aranceles por el uso de aquella. En otras palabras, consiste en presentarse frente a terceros como, por ejemplo, el licenciatario de una obra y comercializar con dicha licencia, cuando en realidad no se trata del titular de la licencia. Cabe hacer presente que además del delito contra la propiedad intelectual, podrá configurarse un delito de fraude de aquellos establecidos en el Código Penal, ya que el tercero que adquirió la aparente licencia, probablemente fue engañado y perjudicado patrimonialmente.

La diferencia más importante con la anterior regulación, es que ahora estas infracciones no tienen una sanción fija como el anterior artículo 79 (presidio menor en su grado mínimo y multa de 5 a 50 UTM), sino que la ley actualmente establece una escala de sanciones que variarán de acuerdo al "monto del perjuicio", a semejanza de la técnica empleada en los artículos 446 y 467 del Código Penal. De acuerdo a la cuantía de los perjuicios, podrá llegarse a penas privativas de libertad desde un día de prisión a 540 días de reclusión. Las sanciones pecuniarias están establecidas en un rango que comienza en las 5 UTM y termina en las 1000 UTM.

Para calcular el monto de los perjuicios, cobra importancia la regla consagrada en el artículo 85 A, norma que indica que aquél se determinará en base al valor legítimo de venta al detalle de las obras protegidas. Durante las discusiones parlamentarias, se señaló que este "valor legítimo" corresponde al que se cobra por las especies en el comercio establecido. Por otra parte, cuando no exista este "valor legítimo" (por ejemplo si se trata de una obra inédita) el juez tendrá la facultad de determinar prudencialmente el monto de los perjuicios.

Ahora nos corresponde analizar el nuevo artículo 80, este dispone:

Artículo 80. Comete delito contra la propiedad intelectual y será sancionado con pena de multa de 25 a 500 unidades tributarias mensuales:

- a) El que, a sabiendas, reproduzca, distribuya, ponga a disposición o comunique al público una obra perteneciente al dominio público o al patrimonio cultural común bajo un nombre que no sea el del verdadero autor.
- b) El que se atribuyere o reclamare derechos patrimoniales sobre obras de dominio público o del patrimonio cultural común.
- c) El que obligado al pago en retribución por la ejecución o comunicación al público de obras protegidas, omitiere la confección de las planillas de ejecución correspondientes.

Las letras a y b de este artículo se diferencian del artículo 79 en cuanto a que aquí el derecho de propiedad intelectual involucrado es el que existe sobre obras que pertenecen al dominio público o al patrimonio cultural. El artículo 11 de la ley enumera las obras que pertenecen al patrimonio cultural común (como por ejemplo aquellas obras cuyo plazo de protección haya expirado) y señala que éstas podrán ser utilizadas por cualquiera, a condición que se respete la paternidad e integridad de la obra, por lo que cuando no fuere así, se podría estar en presencia de las infracciones contempladas en las letras a y b.

En cuanto a la letra c), pensamos que ella no está correctamente ubicada, pues debió formar parte del artículo 79, lo anterior ya que en este artículo 80 se sanciona la omisión de la confección de una planilla de ejecución, mientras que en el artículo 79 se castiga la falsificación de la misma, por lo tanto, era lógico vincular más claramente ambos comportamientos si tienen el mismo objeto material y fundamentalmente incriminan conductas que tienen resultados parecidos.

La sanción contemplada en este artículo 80 es únicamente multa, cuyo rango inicia en 25 y finaliza en 500 UTM. Es saludable que la pena se haya establecido de esta manera, dejando atrás la poco clara sanción que contemplaba el antiguo artículo 81⁴.

2. Excepciones al derecho de autor

Nuestro ordenamiento jurídico caracteriza la relación que existe entre autor y su obra declarando que este último tiene un derecho de propiedad sobre ella, derecho que tiene atributos especiales que se deben a la naturaleza del objeto sobre la que recae, esto es, las obras y las creaciones del intelecto.

Muy importante es tener presente que se reconoce a los autores la posibilidad de ceder su derecho de autor a terceros, quienes buscarán rentabilizarlo, luego aparecen los titulares de derechos conexos, como las compañías musicales, las asociaciones de productores de fonogramas, las empresas que comercializan

⁴ Multa de dos a cuatro sueldos vitales anuales, escala A), del departamento de Santiago.

programas computacionales, las empresas relacionadas con la industria del cine, etc.

Sin embargo, y como ocurre tradicionalmente en materia de derecho de propiedad, el Estado entiende que en algunos casos es conveniente que el derecho de dominio que tiene el titular sobre su obra esté afecto a ciertas limitaciones que se justificarían por exigencias del bien común, éstas conforman las llamadas excepciones al derecho de autor.

En estricto rigor, el autor y el titular del derecho conexo tiene atribuciones exclusivas sobre la obra, y por lo tanto, entre otros privilegios, poseen la facultad de autorizar la utilización de sus obras y al mismo tiempo prohibir que terceros las utilicen sin contar con autorización previa. Las excepciones al derecho de autor consagran a nivel legal determinadas situaciones en las que es legítimo utilizar la obra sin contar con la autorización previa de los titulares. Los fundamentos de su existencia son variados, pero esencialmente se reducen a la necesidad de difundir la obra con fines educativos y de desarrollo social.

Las recientes modificaciones, vienen a ampliar el catálogo de excepciones al derecho de autor, modernizando algunas ya existentes, como el derecho de citas; la posibilidad de copiar partes de obras en bibliotecas que no persigan fines de lucro; la trascripción de partes de obras en textos educativos del Ministerio de Educación; las adaptaciones; traducciones; la reproducción de obras musicales en el "entorno familiar". Por otro lado se introducen nuevas excepciones que recogen los avances tecnológicos y su impacto en este ámbito, así, por ejemplo, se permite ahora la reproducción electrónica de obras dentro de una biblioteca para que pueda ser consultada "por un número razonable" de usuarios; las copias de programas computacionales con fines de respaldo; las actividades de "ingeniería inversa" para fines de investigación y desarrollo, entre otras.

Desde un punto de vista de análisis penal, estas normas tienen mucha importancia, porque inciden directamente en materia de antijuridicidad, y por ejemplo, si una tienda comercial reproduce públicamente obras musicales para demostrar la calidad de los equipos que comercializa, se trata de un uso que la legislación autoriza, y por lo tanto, configurará un hecho típico mas no antijurídico.

3. Aspectos procesales

El nuevo marco legal contempla dos grupos de normas procesales; unas aplicables al proceso civil y al penal, y otras únicamente aplicables al proceso civil. Nos interesa referirnos a las primeras.

De ellas podemos destacar las normas que se refieren al destino de las especies que hubieren sido producto de alguna infracción o delito consagrado en

la ley, es decir, en general, nos referimos a las copias ilegalmente obtenidas y distribuidas.

El artículo 85 C señala que, a solicitud del perjudicado, es decir, del titular del derecho infringido, los mencionados objetos podrán ser destruidos o apartados del comercio. Además indica que las especies sólo podrán ser destinadas a beneficencia cuando el titular de los derechos así lo autorice, estableciéndose la posibilidad que el Tribunal decrete medidas para impedir que reingresen al mercado.

Estimamos que esta norma probablemente tenga escasa incidencia práctica, pues el porcentaje de procesos en que interviene el titular de los derechos de propiedad intelectual es bajo, luego, sólo en contadas ocasiones podrá ejercer las peticiones que la norma arriba mencionada consagra. Por lo tanto, y cuando llegue la oportunidad procesal correspondiente, y a falta de intervención del titular, el Tribunal tendrá que aplicar las reglas generales establecidas en el Código Procesal Penal, estas son los artículos 469 y 470 que regulan varias alternativas, como la destrucción y el remate, mas no su entrega a instituciones benéficas.

En otras materias, el artículo 85 G dispone que para denunciar los delitos consagrados en la Ley 17.336 existe acción penal pública.

En el artículo 85 H se incorpora una presunción simplemente legal respecto de la subsistencia del derecho sobre la obra cuya fecha de primera publicación sea inferior a setenta años, presunción que está establecida en favor del autor y de los titulares de los derechos conexos y que podría llegar a tener una incidencia práctica relevante, ya que utilizando esta disposición se podrá dejar a un lado la frecuente afirmación, errónea ya con el antiguo marco legal, respecto de la necesidad de probar en juicio la titularidad del derecho de autor.

Las demás normas procesales, específicamente los artículos 85 B y 85 D, se refieren a las medidas precautorias que el Tribunal puede decretar, las que perfectamente pueden aplicarse al proceso penal en la medida que se ajuste a las ritualidades de éste.

4. Limitaciones a la responsabilidad de los prestadores de servicios de internet

Es un hecho innegable que el funcionamiento de internet ha creado una serie de nuevos desafíos para el derecho y en materia de derechos de autor (copyright) esto cobra real importancia al constatarse que son incontables los datos que diariamente circulan por la red, y que gran cantidad de esos archivos corresponden a canciones y películas, tratándose en general de obras protegidas por el derecho de autor, ya sea en virtud de la legislación nacional o de acuerdo a los tratados internacionales.

Teniendo presente lo anterior, era evidente que nuestra legislación no contemplaba estas nuevas posibilidades, y por lo tanto, a la usanza de otros países, se estimó necesario legislar sobre este punto.

Como primer paso, se introdujo un concepto de prestadores de servicios de internet (ISP) para más adelante regular cómo ellos pueden limitar su responsabilidad por los contenidos que utilizan sus usuarios.

Sin intentar dar una completa explicación sobre esta nueva institución, queremos destacar que esta regulación tiene como justificación el que, como anteriormente mencionamos, el tráfico de datos por internet, puede versar sobre archivos que de alguna manera, usualmente por la forma en que han sido obtenidos, no respetan los derechos de propiedad intelectual sobre la obra de que se trate, transgresión que normalmente dice relación con el no respeto al derecho exclusivo de autorización de la reproducción de la obra que tiene el autor, los titulares de derechos conexos, etc.

Los proveedores de servicios de internet surten de los medios necesarios para que el tráfico de archivos pueda realizarse, luego, la ley ha establecido una serie de requisitos o condiciones que, si son cumplidas por los ISP, los excluirá de responsabilidad por el tráfico de dichos datos a través de los medios que ellos facilitan. En otras palabras, si un contenido infractor a la Ley de Propiedad Intelectual circula a través de los mecanismos o servicios que otorga un ISP, este último no será responsable por la vulneración a la mencionada ley, a condición de que cumpla con una serie de requisitos que la propia ley específica.

Por otro lado, la ley también ha creado un sistema que permite a los titulares de los derechos que estén siendo infringidos "bajarlos", es decir, que dejen de estar disponibles los contenidos infractores. Para ello, el titular deberá iniciar acciones judiciales ante un tribunal con competencia en materia civil, el que podrá ordenar que se retire o inhabilite el acceso al material infractor o la terminación de cuentas para infractores reincidentes.

El artículo 85 T señala que a quienes proporcionen información falsa sobre supuestas infracciones, les será aplicable el artículo 197 del Código Penal. Esto quiere decir, que, por ejemplo, en el caso que un titular concurra ante un tribunal civil solicitando que se inhabilite un acceso porque la información o archivos vulneran la Ley de Propiedad Intelectual, si en dicha solicitud proporciona información falsa, podrá ser objeto de una sanción penal⁵.

⁵ En este caso, podría presentarse una situación de concurso aparente de leyes penales entre el nuevo artículo 85 T y el artículo 207 del Código Penal, el que en virtud del principio de especialidad creemos debiera solucionarse a favor del delito contemplado en la Ley 17.336.

MODELOS DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LA LEY N°20.393

Antonio Segovia Arancibia¹

1. Introducción

La Ley N°20.393² representa la toma de postura de nuestro legislador sobre un tema sumamente debatido y complejo: aquel acerca de si las personas jurídicas son susceptibles de responder penalmente. Y consecuencia de su opción -las personas jurídicas sí pueden responder penalmente- fue la creación de aquellos supuestos o requisitos bajo los cuales se puede imputar a la persona jurídica la comisión de un crimen o simple delito. La construcción de un sistema de imputación se hace necesario por la imposibilidad, al menos aparente, de aplicar estrictamente el mismo modelo que se utiliza para las personas naturales pues, resulta evidente, éstas y aquellas son diferentes. Desde una perspectiva jurídico-penal, esta diferencia se traduciría fundamentalmente en la incapacidad de culpabilidad de las personas jurídicas. Si la culpabilidad constituye uno de los pilares del sistema de imputación penal, éste debe ser sustituido, modificado o moldeado de alguna manera para ser aplicable a las personas fictas, con todos los problemas y objeciones que ello pudiera traer consigo. La construcción de un sistema de imputación constituye entonces una tarea necesaria que debe integrar criterios dogmáticos y político-criminales, temática que será abordada en el presente trabajo.

La tramitación de la ley fue extraordinariamente rápida –entre marzo y noviembre del 2009– teniendo en cuenta lo complejo del tema y lo enraizado que se encontraba –o se encuentra– en nuestra tradición jurídica y legislación el principio societas delinquere non potest, consagrado legamente en el artículo 58 inciso segundo del Código Procesal Penal³ y defendido por parte de la doctrina nacional⁴. Notoriamente, había razones políticas de peso que urgían por una

¹ Abogado de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

² Ley N°20.393, que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica, publicada en el Diario Oficial con fecha 2 de diciembre de 2009.

³ La norma dispone: La responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales. Por las personas jurídicas responden los que hubieren intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que las afectare.

⁴ En este sentido, vid. por ejemplo Cury Urzúa, Enrique. Derecho Penal, Parte General. Séptima edición ampliada, 2005. Ediciones Universidad Católica, p. 90. Etcheberry, Alfredo. Derecho Penal, Parte General, Tomo I. Tercera edición revisada y actualizada, 1998. Ed. Jurídica de Chile, p. 176. En esta misma línea pareciera ir Garrido Montt, Mario, por su concepto de injusto, en Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Cuarta Edi-

rápida conclusión legislativa: el cumplimiento por parte de Chile de una serie de compromisos asumidos mediante la suscripción y ratificación de varios instrumentos internacionales que exhortaban a los países firmantes -con distinto nivel de intensidad- a establecer sanciones eficaces, proporcionadas y disuasivas para las personas jurídicas⁵. Entre dichos instrumentos se encontraba la Convención para Combatir el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros, de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), cuyo cumplimiento fue exigido para que Chile pudiera entrar en definitiva a dicho organismo como miembro pleno⁶⁻⁷. También había argumentos más propiamente de política criminal, y que dicen relación con un supuesto plus en la dañosidad social que provoca el delito cuando interviene en éste la empresa, y con la necesidad de crear incentivos para su autorregulación, logrando así "... armonizar los principios de libertad empresarial y económica, con el de responsabilidad en la preservación de los valores sociales y del orden público". Estos últimos, en cualquier caso, no fueron de aquellos que hicieron al legislador dictar la ley con la premura que lo hizo.

La urgencia en la tramitación de la ley obstaculizó un debate más amplio en la materia, sobre todo desde el ámbito académico, sin perjuicio de la exposición que hicieran distintos profesores y expertos invitados a las respectivas Comisiones de la Cámara de Diputados y el Senado⁹. Quizás producto de ello es que no haya quedado constancia en la historia de la ley, de cuestiones como por ejemplo qué concepto tenía el legislador de *culpabilidad* de las personas jurídicas, si había tal, y si sobre ese concepto se podían construir "mejores" o "más adecuados" sistemas de imputación. La explícita decisión del legislador –dictación de una ley que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas

- ción Actualizada, 2005, Ed. Jurídica de Chile, p. 36. Más recientemente, puede verse la bien fundada crítica de Van Weezel, Alex, Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Política Criminal, Vol. 5, N°9 (Julio 2010), 114-142.
- 5 Efectivamente la mayoría de los instrumentos internacionales no exigen que los países adopten un modelo de responsabilidad *penal* para las personas jurídicas. Puede ser civil o administrativo mientras imponga, por los delitos de que se trate, sanciones eficaces, proporcionadas y disuasivas. Una excepción la constituyen la Recomendación 2 del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), que recomienda el establecimiento derechamente de un sistema de responsabilidad *penal* para las empresas.
- 6 Sobre otros instrumentos internacionales que imponían a nuestro país una obligación de similar naturaleza puede verse el propio Mensaje N°018-357, de fecha 16 de marzo de 2009, mediante el cual se inicia el proyecto de ley que culmina con la dictación de la Ley N°20.393.
- Argumenta en el sentido de la importancia de los tratados internacionales como fuentes de la obligación de nuestro país para incluir la responsabilidad penal de las personas jurídicas, Matus, Jean Pierre, *Presente y futuro de la responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus directivos y empleados*, en: Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado, N°21, junio 2009, pp. 47-67.
- 8 Ibíd.
- 9 Puede verse el listado de personas invitadas a exponer en la Historia de la Ley 20.393, pp. 26 y 170, en http://www.bcn.cl/lc/lmsolicitadas/ulp.

en determinados delitos y bajo ciertos supuestos—, permitiría suponer que ésta se basó en determinados argumentos dogmáticos y político-criminales, pero no es posible encontrar mucho de aquello en la historia de la ley, más allá de la consabida y ya mencionada necesidad de promulgar lo más rápido posible la ley para satisfacer una de las exigencias de la OCDE.

En este contexto, el presente trabajo analiza de manera genérica los sistemas de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas establecidos por la Ley N°20.393, recurriendo a los conceptos e ideas que sobre este tema se han venido debatiendo en el tiempo, con el fin de contribuir al análisis y entendimiento de la ley, especialmente de cara a su inminente aplicación práctica. Dicho objetivo pretende ser logrado mediante una somera revisión, en primer lugar, de los argumentos centrales en torno a si las personas jurídicas pueden o no responder penalmente, y en segundo lugar, de dos modelos de imputación. Finalmente, y a la luz del análisis previo, se propondrán algunas ideas respecto a los modelos consagrados en nuestra reciente legislación.

2. Responsabilidad penal de las personas jurídicas

2.1. El "viejo y buen derecho penal liberal" 10

La cuestión relativa a los modelos de atribución de responsabilidad penal a las empresas¹¹, intenta responder a las preguntas del *por qué* y *cómo* vamos a imputarles dicha responsabilidad por la comisión de delitos. Es un hecho indesmentible que en Chile las personas jurídicas responden en los ámbitos civil y administrativo, y nadie parece tener problemas con ello¹², pero a la hora de discutir sobre si pueden responder penalmente, el debate se abre y complejiza considerablemente. Por un lado, aquellos contrarios a que las empresas respondan penalmente se debaten en el ámbito del *cómo*: el derecho penal tal como lo entendemos y aplicamos, tiene como destinatarios personas naturales, y resulta imposible –desde consideraciones prácticas y garantistas–, extenderlo a personas jurídicas. Aquellos a favor insisten en el *por qué* es necesario, en el mundo actual, que las empresas respondan penalmente, para lo cual se valen de argumentos de política criminal. Revisaremos a continuación, brevemente, los principales puntos considerados en el debate y las consecuencias de *lege ferenda* del mismo.

Si tomamos como punto de partida las categorías dogmáticas construidas en el marco del derecho penal europeo continental, que sirvió de modelo al nuestro, la respuesta a la pregunta sobre si las empresas pueden responder *penalmente*

¹⁰ En Silva Sánchez, Jesús-María. La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 2001, Civitas, p. 148.

¹¹ Que en este trabajo se utiliza como sinónimo de persona jurídica.

¹² En este sentido, Matus, *Presente y futuro...*, ob. cit. p. 61. También Van Weezel, *Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, ob. cit., p. 131.

deberá ser *a priori* negativa: el principio de culpabilidad –entendido en general abarcando los "subprincipios" o garantías de dolo o culpa, de responsabilidad personal, de atribuibilidad de responsabilidad y de responsabilidad por el hecho— no es aplicable a ella. Las personas jurídicas, se argumenta, no pueden *querer* y *entender* o *conocer*, por lo tanto son incapaces realizar los presupuestos de la culpabilidad. Ahora bien, si la culpabilidad conforma un principio decisivo en materia penal, pues representa un límite al uso del *ius puniendi* estatal en el sentido de "definir los presupuestos materiales de la reprochabilidad penal"¹³, su no aplicación a las personas jurídicas desencadena la inaplicabilidad de todo el derecho penal a las mismas. En otros términos, sólo a quienes son culpables se puede imponer una sanción *penal*¹⁴.

El respeto al principio de culpabilidad –así entendido–, implica que sólo puede ser sujeto pasivo de la pena una "...identidad capaz de comunicación en el sistema penal, a quien el hecho típico se atribuye como su obra"15. Para Van Weezel, la adopción de ciertos modelos de atribución de responsabilidad penal a las empresas, como el propuesto en la Ley N°20.393, conllevarían una vulneración al mismo en sus dimensiones o expresiones de autorresponsabilidad y non bis *in idem*¹⁶. En el núcleo de esta crítica encontramos uno de los argumentos más contundentes en contra del establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y es que los delitos los cometen siempre personas naturales, aun cuando actúan en nombre o representación de la empresa. Serán ellas también las que, encarnando al órgano de administración de la persona jurídica, incurran en la conducta atribuible a la empresa (por ejemplo, incumplir los deberes de dirección y supervisión). En esta lógica, los modelos de imputación establecidos en la ley permitirían sancionar a la persona natural dos veces por el mismo hecho, o sancionar sin culpabilidad a un tercero -la empresa- por el hecho o injusto ajeno, ambas atentatorias contra el principio de culpabilidad. Y el principio de culpabilidad, se subraya e insiste, es esencial en un sistema de derecho penal contemporáneo que sea respetuoso de derechos y garantías mínimas.

Un argumento adicional en esta línea se refiere a la supuesta incapacidad de *acción* de las personas jurídicas, que en materia penal consiste en un comportamiento humano, físico o biológicamente entendido¹⁷. En este sentido, las *escuelas* de Derecho penal de posguerra -causalista y finalista-, a pesar de su desacuerdo en una importante cantidad de materias, coincidieron en que las personas jurídicas no podían realizar una acción penalmente relevante, tanto por incapacidad de culpabilidad como por su imposibilidad de realizar

¹³ Zúñiga Rodríguez, Laura del Carmen. Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas, 2000, ed. Aranzadi, pp. 33-7.

¹⁴ Ibíd., p. 37.

¹⁵ Van Weezel, Alex. Contra..., p. 118.

¹⁶ Ibíd., p. 129.

¹⁷ Véase por ejemplo Garrido Montt, ob. cit. p. 36.

una *acción*¹⁸. Ciertamente, quienes *cometen* el delito, desde la perspectiva de la acción, sólo pueden ser personas naturales, que son las que ejecutan los actos u omiten realizar aquellos típicamente relevantes. Una vez más, las personas jurídicas no calzarían en las estructuras dogmáticas de la teoría del delito, por lo que no podríamos utilizarlas para justificar la imposición de una pena a las mismas.

Desde el punto de vista de la imposición de penas a personas jurídicas, se ha señalado que ésta no tendría justificación alguna ni desde perspectivas retributivas ni considerando fines preventivo-generales o preventivo-especiales. Se suele relevar también la evidente inaplicabilidad de penas como las privativas de libertad en las personas jurídicas, y que la sanción aplicada a la persona jurídica alcanzaría a inocentes –trabajadores que ninguna vinculación tenían con delito– y culpables por igual¹⁹. Desde otra perspectiva, vinculado más con el principio de culpabilidad, Van Weezel argumenta que "... la pena debe ser de algún modo merecida por quien la sufre, quien además debe tener la posibilidad de comprenderla como una sanción merecida". La pena debe cumplir una función comunicativa cuya recepción sería imposible en el caso de las personas jurídicas, por lo que la imposición de *penas* a éstas se acerca más a la idea de coacción propia de un Estado policial que a la de un Estado de Derecho²⁰.

Los argumentos de aquellos contrarios a la imputación de crímenes o simples delitos a las personas jurídicas parten desde las construcciones y categorías dogmáticas del derecho penal continental, formulado y aplicado en torno a la idea de responsabilidad *individual* de la persona natural, para los efectos de negar la posibilidad de imputarles responsabilidad penal a las personas jurídicas. En este contexto, atribuirles responsabilidad sería inviable desde perspectivas *lógicas* o *naturales* -incapacidad de acción- y *garantistas* -vulneración al principio de culpabilidad como base o fundamento de la sanción penal estatal-. Frente a este panorama, aquellos que han abogado por sancionar penalmente a las empresas, sin olvidar los argumentos dogmáticos y haciéndose cargo de ellos, parten desde el principio de realidad y consideraciones *político-criminales*.

2.2. ¿Entra la Política Criminal?

Tiene razón Silvina Bacigalupo cuando señala que todo intento de fundar la responsabilidad penal de las personas jurídicas que tome como punto de partida los presupuestos de imputación penal individual está destinado al fra-

¹⁸ García Cavero, Percy. *La persona jurídica como sujeto penalmente responsable*, en Yacobucci, Guillermo J. (Director), *Derecho Penal Empresario*, 2010, ed. B de F, pp. 61-88, p. 64.

¹⁹ De Vicente Martínez, Rosario. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: consecuencias accesorias contra la empresa*, en Derecho Penal Contemporáneo – Revista Internacional, N°1 (2002: octubre-diciembre), pp. 36-8.

²⁰ Van Weezel, Alex, ob. cit. pp. 116-7.

caso²¹. En efecto, las dificultades de fundar una imputación penal a la empresa en el contexto al menos del principio de culpabilidad, son evidentes. De ahí la opinión de algunos en el sentido que si aceptamos la responsabilidad penal de las personas jurídicas debemos o considerarla un sujeto relevante desde el punto de vista jurídico-penal en sí misma -con prescindencia por tanto de las personas naturales que encarnan el órgano administrativo- o bien prescindir o tirar por la borda el principio de culpabilidad²².

En este contexto, ¿por qué insistir? Como apuntábamos al principio, nadie discute que las personas jurídicas responden civil y administrativamente con independencia de las personas naturales. Las convenciones internacionales relevantes, por su parte, sólo exigen a nuestro país una regulación que permita aplicar sanciones *efectivas*, *proporcionadas y disuasivas* a las personas jurídicas, con prescindencia de su naturaleza y, en consecuencia, del procedimiento utilizado para aplicarlas. ¿Por qué entonces no dejar a otras ramas del derecho, especialmente el administrativo sancionador, la responsabilidad de las empresas? En primer lugar, se ha argumentado, porque en el ámbito civil y administrativo las empresas no van a responder por los *delitos* cometidos, que son esencialmente diferentes de las infracciones administrativas e incumplimientos civiles, y lo que se discute es su responsabilidad justamente por los delitos que cometen. Y en segundo lugar, porque la atribución de responsabilidad penal limitada solamente a los miembros de la persona ficta resulta "... insuficiente desde consideraciones político-criminales"²³.

La utilización de criterios de política criminal no significa ni debe implicar que se prescinda de argumentos de dogmática penal. En este sentido, el debate desde una perspectiva de derecho penal no pierde relevancia ni vigencia, pero su punto de partida es diferente. En otros términos, mientras los argumentos en contra parten en buena medida del principio de culpabilidad, aquellos a favor de la responsabilidad penal de las empresas parten muchas veces de la constatación real de la actividad criminógena de las empresas y su subsecuente impunidad. Pero ello no implica que se olvide el principio de culpabilidad y que no sea necesario fundar lógicamente un modelo de imputación penal a las empresas que sea coherente o sistemáticamente viable.

El punto de partida en la construcción del argumento es la constatación del rol preponderante de las personas jurídicas en el tráfico comercial, y el eventual desplazamiento corporativo de las personas naturales en el tráfico económico-jurídico²⁴. Este rol central de las personas jurídicas trae consigo ciertas consecuencias, una de ellas es que se constituyen en una fuente de riesgos, en

²¹ Bacigalupo, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Bosch, Casa Editorial, Barcelona 1998, p. 31.

²² Van Weezel, ob. cit. p. 114.

²³ García Cavero, Percy, op. cit. p. 61.

²⁴ Ibíd. En el mismo sentido, de Vicente Martínez, Rosario, ob. cit. p. 40.

otras palabras, se constituyen en los modernos "sujetos peligrosos para el bienestar social"²⁵, en ámbitos en que resulta más fácil cometer delitos en beneficio de la agrupación. Como señala Tiedemann, de ahí vendría la idea de no sancionar solamente a los autores materiales (que pueden cambiar y ser reemplazados), sino también y, sobretodo, a la agrupación misma²⁶.

La constatación fáctica del papel que comienzan a jugar las personas colectivas en la vida social y su rol en la generación de riesgos y daños típicamente relevantes, hicieron que las soluciones buscadas se centraran más en el principio de realidad social que en consideraciones dogmáticas. En este sentido, García Cavero indica que desde finales del siglo XVIII, cuando las personas jurídicas comenzaron a tener una mayor relevancia en el tráfico jurídico-patrimonial, los defensores de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas —entre ellos Berner, Binding o von Lilienthal— se apoyaron en la teoría de la ficción de Savigny, mientras que aquellos a favor de dicha responsabilidad —von Liszt, Hafter y Mestre— se apoyaron en la teoría de la realidad de Gierke²⁷.

En la Europa de posguerra fueron tanto las influencias del derecho anglosajón y sus principios, aplicados en algunos casos por tribunales alemanes en la década del 50²⁸, como el surgimiento de un nuevo tipo de criminalidad justamente asociado a la empresa, lo que hizo que algunos legisladores, nuevamente con sentido de *realidad*, dejaran de lado discusiones dogmáticas y obraran esencialmente con criterios prácticos²⁹. Así, en la reforma al Código Penal Suizo, que incluyó un estatuto de responsabilidad penal a las personas jurídicas, se señaló lo siguiente en sus motivos: "No es finalmente la dogmática, sino la voluntad del legislador de regular convenientemente una situación problemática, la que decide si esta regulación resulta permitida"³⁰.

²⁵ Szczaranski Cerda, Clara. "Las Personas Jurídicas como Nuevos Sujetos Criminógenos". En Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado. (Santiago, Chile). Nº 17 (jun. 2007), pp. 31-91.

²⁶ Tiedemann, Klaus. "Derecho Penal y Nuevas Formas de Criminalidad". Editora Jurídica Grijley, 2007, p. 92.

²⁷ Para Savigny (System des heutigen Römischen Rechts, Berlín, 1840, t. II), las personas jurídicas eran una ficción, que sólo podía utilizarse en derecho civil, pero no en el penal, pues en ese ámbito las personas serían tratadas como seres pensantes y con voluntad. Gierke, por el contrario (Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung, 1887), considerando teorías organicistas biológicas, consideró a la persona jurídica como un organismo con personalidad colectiva real que podía participar en la vida real. En García Cavero, Percy, ob. cit. p. 62.

²⁸ García Cavero, Percy, ob. cit. p. 63.

²⁹ Bacigalupo, Enrique (Director). Derecho Penal Económico. Editorial Hammurabi SRL, 2000 (reimpresión febrero 2005), Buenos Aires.

³⁰ Citado por Seelman, Punibilidad de la empresa: causas, paradojas y consecuencias (trad. García Cavero), en La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes, García Cavero (coord.), en García Cavero, op. cit. p. 63. También sobre la situación en el derecho europeo puede verse de Vicente Martínez, ob. cit, pp. 41-5 y Zúñiga Rodríguez, ob. cit. pp. 101-35.

El principio de realidad aplicado a la forma de enfrentar esta nueva criminalidad asociada a la empresa, sujeto social como se ha dicho relevante, pone de manifiesto la insuficiencia de los modelos de imputación individual para impedir o sancionar daños típicamente relevantes, que en consecuencia quedarían impunes. En este sentido, Zúñiga señala: "... un estudio pormenorizado de la actuación en el seno de organizaciones complejas, como las de tipo comercial, nos demuestra que, debido a la complejidad del modo de producción industrial y comercialización de los productos, la división del trabajo existente dentro de las organizaciones, la distribución de funciones (de tipo horizontal o vertical), la delegación de las mismas, la existencia del deber de obediencia, el principio de confianza que rige los eslabones de funcionamiento de la cadena organizacional, los comportamientos que pueden dar lugar a lesiones de bienes jurídicos, son conductas de carácter complejo, donde se produce una fragmentarización de la decisión y de la ejecución de actividades. Ello lleva, necesariamente, a que estos comportamientos no puedan subsumirse en los modelos de imputación penal existentes, diseñados a partir de un injusto y una culpabilidad construidos bajo los paradigmas de una persona física dotada de voluntad"31.

Ahora bien, criterios político-criminales y el sentido de realidad y pragmatismo del cual pueden valerse los legisladores para instalar un modelo de imputación penal a las empresas, no pueden dejar de lado las fundamentaciones dogmáticas. Como propone García Cavero, "... la incorporación legislativa de medidas aplicables a las personas jurídicas requiere no sólo de una decisión política, sino también de una fundamentación dogmática"; el apuro político no puede sacrificar la seguridad jurídica³². Nuestra Ley 20.393 parece responder más al apuro político, el que se manifiesta en ciertas contradicciones y pasajes dudosos de la normativa que serán analizados más adelante. Sin perjuicio de lo anterior, en su núcleo básico la ley construye un sistema de imputación que nos parece dogmáticamente coherente y sistemáticamente viable en nuestro ordenamiento jurídico, desde que construye una culpabilidad de la propia empresa sobre la cual imputar la comisión de crímenes o simples delitos.

3. Modelos de imputación

A continuación revisaremos someramente dos modelos de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas, en cuanto nos interesa como marco o referente del sistema creado por nuestra ley. Así, en primer lugar, revisaremos el modelo anglosajón, especialmente el utilizado en Estados Unidos y que se ha denominado modelo "vicarial". Enseguida, nos abocaremos a las construc-

³¹ Zúñiga Rodríguez, Laura del Carmen, ob. cit. pp. 188-9. En el mismo sentido puede verse García Cavero, Percy, ob. cit. p. 68 y las referencias allí contenidas.

³² García Cavero, Percy, ob. cit. p. 65.

ciones de imputación de responsabilidad penal a las empresas basadas en su propia culpabilidad³³.

3.1. El modelo vicarial

Los países del common law fueron probablemente los primeros en desarrollar modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas³⁴, llamados comúnmente vicariales, donde la acción culpable de la persona natural (actus reus y mens rea) se "aplican" o "identifican" automáticamente como si fueran de la persona jurídica. Este sistema, si bien comienza a definirse y delimitarse a partir del desarrollo jurisprudencial inglés de los siglos XV y siguientes³⁵, tiene como hito de su reconocimiento expreso en Estados Unidos el llamado caso Hudson (New York Central & Hudson River Railroad Company v. United States, 1909)³⁶. La sentencia es relevante para algunos porque, se ha señalado, con anterioridad a su dictación, en Estados Unidos la responsabilidad corporativa era puramente objetiva (strict liability), pero en este caso se imputó responsabilidad penal a la compañía de trenes por su actuación dolosa. Lo anterior significa que el sistema vicarial no es un régimen de responsabilidad objetiva, a pesar de la evidente objeción que parte de la constatación de que en la base del modelo, el injusto y la culpabilidad del agente o representante se tienen automáticamente como si fueran de la corporación, sin que se exija una acción u *omisión* de ésta.

Los presupuestos de imputación en el modelo norteamericano serían fundamentalmente dos: i) la actuación en el marco del empleo, y ii) la intención de beneficiar a la corporación. Cumplidos dichos presupuestos, el *actus reus* y el *mens rea* del empleado se imputan a la corporación³⁷. La acción del empleado debe estar necesariamente dentro de los ámbitos autorizados por la corporación para su actuación, y puede tratarse de cualquier empleado, con independencia de su posición dentro de la organización. Respecto al beneficio, éste no

³³ Ciertamente podrían construirse más clasificaciones. Así, por ejemplo, Matus incorpora un tercer modelo que denomina *de determinación de pena o mixto*, que partiría de la base de un delito cometido por una persona natural (administrador o representante) con criterios adicionales de imputación a la persona jurídica (por ej., no implementación de sistemas de prevención de delitos), ob. cit. p. 64.

³⁴ De Vicente Martínez, ob. cit. p. 41.

³⁵ Del Sel identifica un caso del año 1635 en Inglaterra, llamado Langforth Bridge, donde una corporación cuasi-pública fue sancionada en un proceso penal por incumplimiento de sus deberes relativos a la reparación de una vía pública. Del Sel, Juan María. "Societas delinquere, ¿potest o non potest?" La responsabilidad criminal de la empresa a la luz de la visión anglosajona. En: Yacobucci, Guillermo J. (Director), Derecho Penal Empresario, 2010, ed. B de F, p. 97.

³⁶ Gómez-Jara Díez, Carlos. Corporate criminal liability: algunas cuestiones sobre la responsabilidad penal corporativa en los EE.UU, p. 205. En: García Cavero, Percy (coord.), La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes, ob. cit.

³⁷ Ibíd, p. 209.

tiene por qué haberse producido *realmente*, basta con la *intención* de realizarlo; por otra parte, la intención debe beneficiar a la empresa, por lo que la corporación no responde si la acción culpable del empleado iba encaminada a lograr su beneficio personal o el de terceros³⁸. En Inglaterra el mecanismo es similar, sólo que basado en la teoría del *alter ego*, en virtud de la cual sólo es posible atribuir responsabilidad penal a la corporación por los delitos o actos realizados únicamente por los directivos o gerentes más importantes. Para identificar si el autor del delito tenía un alto cargo en la empresa se utilizaba el *controlling officer test*, que aplica la pregunta ¿controla esta persona a la corporación como el cerebro controla al cuerpo humano? para determinar el nivel de control del directivo sobre la empresa³⁹, y así fundar la identificación de la empresa con la persona natural que la dirige.

El modelo así expuesto, ha ido evolucionando hacia conceptos más complejos que permiten justificar la aplicación de sanciones penales a las empresas en Estados Unidos. Gómez-Jara Díez identifica al menos tres momentos en que se ha ido enriqueciendo la discusión en Estados Unidos sobre la responsabilidad penal corporativa. El primero de ellos es la aparición del Código Penal modelo, que en su propuesta de imputación de responsabilidad penal a las corporaciones, restringe el ámbito de personas naturales que pueden cometer el delito en beneficio de la corporación a los más altos directivos de la empresa -high managerial agent o board of directors—. Ello significa que los delitos cometidos por personas que se encuentran más abajo en la escala jerárquica de la corporación no hacen responder penalmente a ésta. En segundo lugar se encuentra el desarrollo de la doctrina del conocimiento colectivo (Collective Knowledge Doctrine), que se aplica cuando en estructuras corporativas complejas no puede identificarse al agente específico que cometió el delito (o no tiene el suficiente elemento subjetivo, mens rea, necesario para imputarle el delito). De acuerdo a esta doctrina, la corporación puede responder cuando se "suman" los conocimientos de todos o algunos de sus empleados. En tercer lugar, se encuentra la dictación de las directrices para la determinación y medición de la pena a las organizaciones -Organizational Sentencing Guidelines-, que entre otras cosas abandona los conceptos de sanciones óptimas a las empresas basadas en criterios económicos -análisis económico del derecho- para fundar las penas principalmente en fines retributivos a través de la culpabilidad organizativa⁴⁰.

La recepción de las teorías anglosajonas en Latinoamérica no ha sido sencilla, especialmente por la sospecha evidente de que este modelo consiste en verdad en uno de responsabilidad penal *objetiva*, en donde la corporación responde por el hecho ajeno, contrario a todos los principios que sustentan nuestros sistemas penales. Sin embargo, algunos han ido reconociendo ciertas normas de sus propios ordenamientos jurídicos como derivadas de la tradición anglo-

³⁸ Gómez-Jara Díez, Carlos, ob. cit. pp. 211-2.

³⁹ Del Sel, Juan María, ob. cit., p. 101.

⁴⁰ Gómez-Jara Díez, Carlos, ob. cit. pp. 212-9.

sajona, proponiendo un estudio más acabado de la tradición del *common law* en la materia y sus principios subyacentes –por ejemplo, las teorías del *respondeat superior* y *alter ego*–⁴¹. Para el modelo chileno, la experiencia anglosajona será fundamental para entender figuras o conceptos regulados en la Ley N°20.393, como el beneficio a la persona jurídica, el actuar *en el ámbito* de una cierta función o cargo y la adopción de modelos de prevención de delitos.

3.2. Culpabilidad de la empresa

De alguna manera, el problema de la *culpabilidad de la empresa* se vincula con el hecho de que si queremos construir una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas, no podemos renunciar a la culpabilidad como fundamento de la imputación penal. Como señala García Cavero, "... para poder mantener la identidad del Derecho penal en la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, deben rechazarse necesariamente fundamentos punitivos ajenos al principio de culpabilidad. La imputación jurídico-penal de conductas delictivas a personas jurídicas sólo puede ser producto del reconocimiento de una capacidad de culpabilidad a las personas jurídicas"⁴².

Reconocida la necesidad de establecer una capacidad de culpabilidad a las empresas para hacerlas imputables de crímenes y simples delitos, nos enfrentamos a la difícil cuestión de determinar la naturaleza o contenido de dicha culpabilidad. En principio, parece inadecuado simplemente *ajustar* el concepto individual de culpabilidad, pues se ven de entrada serios inconvenientes difíciles de salvar, por la esencialmente diferente forma de intervención social de cada persona. En la misma línea, se ha señalado que aunque se formule una concepción de culpabilidad social, que pueda ser utilizada tanto para personas naturales como para personas jurídicas, el resultado sería inadecuado para el derecho penal⁴³. Desde esta perspectiva, una alternativa sería formular un concepto de culpabilidad diferente al de las personas naturales y que al mismo tiempo siga siendo culpabilidad en el sentido de garantía, y cuyo concepto y aplicación sea sistemáticamente coherente con el resto del sistema. Así se evitaría caer en una situación de "inseguridad conceptual" que podría dar cabida al ingreso de criterios ajenos de imputación a la lógica del derecho penal contemporáneo⁴⁴.

⁴¹ Del Sel, Juan María, ob. cit. p. 128.

⁴² García Cavero, Percy, ob. cit. p. 74. El autor analiza críticamente, los fundamentos detrás de sanciones distintas de las penas a las personas jurídicas (por ejemplo, sanciones administrativas o aplicación de medidas de seguridad), antes de concluir que el principio de culpabilidad es esencial para mantener la identidad del derecho penal.

⁴³ Para García Cavero se encontraría en esta categoría la concepción de culpabilidad social de Tiedemann, que se fundamentaría en la "... ausencia de medidas de la empresa para garantizar un negocio conforme a Derecho y evitar conductas delictivas." Tiedemann. Die Bebussung von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, citado por García Cavero, ob. cit. p. 76.

⁴⁴ Ibíd., p. 77.

Una propia culpabilidad de la empresa consiste o se basa en una actuación o en un *injusto* también propio, que no depende de la actuación de terceros. Los modelos de heterorresponsabilidad empresarial, es decir aquellos basados en actuaciones de personas físicas que se imputan a la empresa, tampoco encajarían adecuadamente en el núcleo del derecho penal⁴⁵. Una alternativa, por tanto, en la construcción de un concepto de culpabilidad de personas jurídicas, consiste en establecer un modelo de *autorresponsabilidad* penal empresarial, donde las empresas responden por su propio hecho, por su propio injusto, con independencia de la actuación de terceros. Dicho modelo tiene como base la teoría de los sistemas sociales autopoiéticos formulada por el filósofo y sociólogo alemán Niklas Luhmann, y que para estos efectos importa que las personas jurídicas se producen y reproducen a sí mismas, por lo que adquieren cualidades como autonomía, autoadministración, autoconducción y autoorganización, que las hacen independientes de sus miembros⁴⁶.

La individualidad de las personas jurídicas, derivada como se dijo de su capacidad de autoorganización y autoconducción, permitirían atribuirle el estatus de ciudadano, lo que trae como consecuencia, en el ámbito jurídico-penal, que son culpables cuando manifiestan una autoorganización en infracción a los roles que socialmente les corresponden por su participación en el tráfico jurídicopatrimonial⁴⁷. El injusto de la empresa consistiría, por tanto, en su organización defectuosa, que es diferente al injusto de sus órganos o representantes y que puede producirse aun en ausencia de la comisión de un delito (con resultado lesivo) por parte de una persona física⁴⁸. Un modelo así entendido traería consigo ciertos beneficios frente a los modelos de heterorresponsabilidad, ya que, por un lado, permitirán hacer frente a la irresponsabilidad organizada, y por otro, son sistemáticamente entendibles y abordables desde las categorías del derecho penal moderno, al sancionar a la empresa por un hecho propio y no ajeno. Adicionalmente, se ha señalado que es en definitiva la propia empresa a la que se destina la norma; es a ella directamente a quien se comunica la amenaza contenida en la norma penal⁴⁹.

La búsqueda o construcción de un concepto de culpabilidad de la persona jurídica implica no sólo una cierta suficiencia conceptual, sino que la aplicación

⁴⁵ Gómez-Jara Díez, Carlos. *Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial*, en: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 08-05 (2006).

⁴⁶ En este sentido puede verse el trabajo de Gómez-Jara Díez, quien construye un concepto constructivista de culpabilidad de las empresas a partir de la teoría de los sistemas sociales autopoiéticos, que utiliza como herramienta metodológica la equivalencia funcional: en este ámbito, la culpabilidad de las personas jurídicas, si bien no es idéntica a la culpabilidad individual, es funcionalmente equivalente. En Autoorganización empresarial..., ob. cit. pp. 3-15.

⁴⁷ García Cavero, Percy, ob. cit. p. 81. También en este sentido se encuentra la idea o concepto anglosajón del *good corporate citizen*.

⁴⁸ Ibíd., pp. 82-3.

⁴⁹ Gómez-Jara Díez, Autoorganización empresarial..., ob. cit. p. 25.

del concepto al sistema penal vigente y su utilización y posición de manera sistemáticamente coherente. La culpabilidad de la propia empresa, derivada de una concepción autopoiética de la misma, en donde se reconoce a las personas jurídicas cualidades de autoorganización y autonomía, que derivan en su autorresponsabilidad por el papel que cumplen -de ciudadanos- en el ámbito social, permitiría fundar un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas que en principio resulta adecuado sistemáticamente -desde el punto de vista de nuestro derecho penal vigente- y aplicable en el marco del principal sistema de imputación contenido en la Ley N°20.393.

4. La imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas en la Ley N°20.393

Las personas jurídicas pueden ser sancionadas penalmente hoy en Chile, en general, en dos supuestos o a través de dos modelos: i) por defecto de la organización (arts. 3°, 4° y 5° de la ley); ii) accesoriamente respecto al delito de asociación ilícita (art. 294 bis del Código Penal y 28 de la Ley N°19.913). La ley establece, en este sentido, *dos* sistemas de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas, que obedecen a lógicas completamente diferentes. Así, mientras el modelo de atribución por defecto de organización responde en principio a una concepción de culpabilidad de la empresa, en el segundo modelo la persona jurídica es sancionada de manera accesoria por el hecho de haberse sancionado a las personas naturales que la conforman por su participación en el delito de asociación ilícita.

Las diferencias conceptuales entre los dos modelos abren la pregunta sobre qué concepción o calidad el legislador le atribuye a la persona jurídica para efectos jurídico-penales. Lo anterior, porque mientras en el primer modelo parece reconocerle cualidades de autoorganización y autonomía, capacidad de culpabilidad, en el segundo la trata en principio como un mero instrumento del delito -de asociación ilícita-, que se sanciona sólo de manera accesoria a la pena principal impuesta a las personas naturales, y en el cual perdemos de vista el concepto de culpabilidad de la empresa para entrar en un plano de imputación más cercano a la responsabilidad por el hecho ajeno. Esta aparente contradicción podría traer consecuencias en la forma en que vamos a entender en definitiva a la empresa y su rol en la sociedad, lo que podría afectar la coherencia dogmática y sistemática de todo el sistema. No entraremos aquí a analizar los problemas que se derivan de este doble modelo, y sus implicancias para el sistema creado por la ley, ya que dicha discusión excede las pretensiones de este trabajo. Sin embargo, presentaremos a continuación, sucintamente, sus características principales.

El sistema de imputación por defecto de la organización constituye el núcleo de la ley, y se encuentra regulado en sus artículos 3°, 4° y 5°. El modelo, inspirado fuertemente en el italiano (Decreto N°231 del año 2001), contiene en su

base un concepto de culpabilidad de la propia empresa: ésta responde penalmente por una organización defectuosa, concretamente por no impedir o no impedir adecuada o idóneamente la comisión de delitos por parte de sus directivos. Sin embargo, la responsabilidad de la empresa se encuentra condicionada o vinculada estrechamente a la comisión del delito por parte del agente, aun en las hipótesis que la ley llama de "responsabilidad penal autónoma" en el artículo 5°. En efecto, las hipótesis de "autonomía" del artículo 5° de todas maneras exigen establecer la comisión de un delito por parte de una persona natural. Lo que va a ocurrir es que no se va a poder sancionar efectivamente a la persona natural -porque por ejemplo está muerta, o fue declarada rebelde, o porque no se pudo establecer quién fue el autor del delito, mientras éste haya sido cometido dentro del ámbito de funciones de un directivo-, pero en el núcleo de la disposición la responsabilidad de la empresa igualmente deriva de la de la persona natural. En consecuencia, la responsabilidad de la persona jurídica no podrá hacerse efectiva mientras no se establezca la de la persona natural, lo que permitiría sostener que el sistema, si bien parte de una propia culpabilidad de la empresa, de todas maneras es de aquellos que se determinan de heterorresponsabilidad.

Ahora bien, para seguir sosteniendo que el injusto de la empresa es propio y consiste en no implementar modelos de prevención de delitos –organización defectuosa frente a las expectativas sociales derivadas de su rol en la sociedad–, podría explicarse la intervención delictiva de la persona física como una *condición objetiva de punibilidad* de la persona jurídica, como sostienen algunos⁵⁰.

Los presupuestos de imputación en el modelo son los siguientes:

- i) Una persona natural, que debe ser el dueño, controlador, responsable, ejecutivo principal, representante o quien realice actividades de administración o supervisión, o quienes estén bajo la dirección o supervisión directa de ellos, comete un delito de los señalados en la ley⁵¹;
- ii) El delito es cometido directa e inmediatamente para el interés o provecho de la persona jurídica⁵²;

⁵⁰ En esta línea se pronuncia García Cavero, op. cit. p. 83.

⁵¹ Respecto a este primer presupuesto de imputación, resulta importante reparar en que son dos sus notas características: en primer lugar, la amplitud de miembros de la empresa que son susceptibles de "gatillar" la responsabilidad de la persona jurídica —no sólo los directivos y administradores, sino también quienes se encuentran inmediatamente bajo ellos en la escala jerárquica—; y en segundo lugar, su mínima aplicación desde el punto de vista de los delitos: las empresas sólo responden por los delitos de lavado de dinero, financiamiento del terrorismo y cohecho de funcionarios públicos nacionales y extranjeros.

⁵² Los conceptos directa e inmediatamente serán sin duda objeto de debate ante tribunales, pues importan a priori una restricción de los potenciales delitos cometidos en interés o provecho de la persona jurídica. En cualquier caso, pareciera que no fuera a tener mucha relevancia práctica en el sentido de limitar el alcance de la norma, por la dificultad que

iii) La comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento por parte de la persona jurídica de sus deberes de dirección y supervisión⁵³.

Por su parte, el artículo 3º inciso tercero señala que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiera adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido. El artículo 4º es el que regula el contenido mínimo del modelo de prevención. Respecto a los modelos de prevención, dos comentarios generales. El primero es que la adopción del modelo es *facultativa*. Las empresas no están obligadas a adoptar un modelo y si lo adoptan tampoco están obligadas a hacerlo de acuerdo al contenido mínimo al que hace referencia el artículo 4°. Por otra parte, la adopción de un modelo meramente formal—por ejemplo la sola creación de un manual de prevención—, aunque esté certificado (art. 4° N°4), no va a *eximir* a la empresa de ser sancionada. El modelo debe haber sido creado e implementado de manera tal que permitiera evitar la comisión de los delitos contenidos en la ley, por lo que siempre su real e idónea implementación será objeto de prueba.

El segundo *sistema* está contenido en el artículo 294 bis del Código Penal y 28 de la Ley N°19.913 y se refiere exclusivamente al delito de asociación ilícita. La norma en concreto señala: "Cuando la asociación se hubiere formado a través de una persona jurídica, se impondrá además, como consecuencia accesoria de la pena impuesta a los responsables individuales, la disolución o cancelación de la personalidad jurídica".

Además de los problemas que desde el punto de vista de la culpabilidad de la empresa se pueden atribuir a este modelo, según se ha analizado más arriba, cabe preguntarse si la norma se aplica cuando todos los miembros de la persona jurídica lo eran a la vez de la asociación ilícita o si se aplica con independencia del criterio anterior cuando la empresa confundía sus fines con los de la asociación ilícita. En otros términos, si solamente parte de los miembros de la empresa formaban también la asociación ilícita, que operaba a través de la empresa, ¿podemos aplicar este sistema? ¿O sólo lo podemos aplicar cuando todos los miembros de la empresa conformaban además la asociación ilícita? Del tenor de la norma pareciera que esta segunda hipótesis es correcta, es decir, el fundamento en disolver derechamente a la empresa –sanción que en el modelo anterior está reservada sólo a los crímenes (lavado de dinero)–, se

representa probar que el interés o provecho fue *indirecto* y *mediato*. Por otra parte, el interés o provecho, que queda claro no tiene por qué tener un contenido económico o patrimonial, no requiere su materialización concreta —basta *querer* lograr ese beneficio al momento de cometer el delito—.

⁵³ Ciertamente falta aclarar a qué se refirió el legislador cuando señaló que el delito debe ser *consecuencia* de su defecto de organización, tanto desde el punto de vista de la causalidad como de la culpabilidad de la propia empresa.

encontraría en que la persona jurídica es una mera fachada de una actividad de fines exclusivamente ilícitos.

En segundo lugar, podría producirse la situación en que una empresa constituida para fines perfectamente lícitos, *derivara* en una de fines ilícitos. La pregunta entonces es si puede aplicarse este sistema, o si por el contrario, se restringe sólo a los casos en que la asociación ilícita y la persona jurídica nacen *conjuntamente*. No habría inconveniente en adoptar esta última interpretación, ya que si lo que se pretende, como se ha señalado, es sacar de circulación empresas cuyo único fin es la comisión de crímenes o simples delitos, no tendría relevancia *desde* cuándo sus fines son contrarios al derecho, mientras lo sean al momento de producirse la intervención penal. Lo anterior es sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe, quienes tendrían a su disposición todas las acciones que el derecho les reconoce en calidad de tales.

5. Diversos desafíos

La Ley N°20.393 estableció de forma indudable la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile. Las premuras internacionales condicionaron un debate que se produjo a un ritmo que no permitió un análisis profundo de las implicancias del sistema que se estaba creando. Esto podría haber ocasionado la inclusión en la ley de diversas normas y pasajes que parecen de difícil interpretación y ubicación sistemática. Asimismo, pareciera que el legislador no se decidió completamente por el rol o relevancia de las personas jurídicas desde un punto de vista jurídico-penal. Así, mientras en el modelo de imputación por defecto de la organización parece reconocerles una capacidad de autoorganizarse conforme al derecho, en las normas sobre penalidad del delito de asociación ilícita las considera simples instrumentos del delito.

Sin embargo, en muchos aspectos la ley conforma un sistema relativamente coherente y sistemáticamente aplicable en nuestra realidad jurídica, sobre todo si se parte de la base del concepto de culpabilidad de la empresa. En este contexto, la nueva normativa tiene un gran potencial de utilización que parece adecuado desde una perspectiva político-criminal. Esta aplicación debe tener en cuenta, en cualquier caso, las dificultades que la ley plantea en la construcción de los sistemas de imputación de responsabilidad penal a las empresas, pues muchos de ellos serán finalmente interpretados por los tribunales, por lo que su estudio, análisis y explicación será una tarea fundamental de quienes en definitiva intervienen en el sistema, especialmente fiscales, defensores y jueces.

UNIDAD ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

ASPECTOS JURISPRUDENCIALES SOBRE EL DELITO DE AMENAZAS EN VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

Eva Curia Castro María José Taladriz Eguiluz¹

I. Introducción

El presente artículo tiene por objeto dar cuenta de lo resuelto por las Cortes de Apelaciones del país, como consecuencia de investigaciones sobre delito de amenazas en contexto de pareja.

Destacaremos algunas decisiones judiciales que se pronuncian sobre el alcance de los requisitos específicos del referido tipo penal, esto es, la seriedad y verosimilitud de amenazas proferidas al interior de la familia. De este modo, tendremos un panorama de los distintos lineamientos que presenta la jurisprudencia en este delito, lo que nos permitirá realizar una evaluación de su tratamiento, así como también, un diagnóstico de la problemática que surge en su persecución penal.

Para ello, es necesario tener presente que en violencia intrafamiliar cobra relevancia el delito de amenazas, especialmente, porque configura la primera señal de alerta de la comisión de una eventual agresión más severa². Además, si bien la amenaza constituye un delito contra la libertad de determinación, ya que a través de ella se intenta obtener una determinada conducta por parte del amenazado, también es un delito contra la seguridad individual, por la posibilidad de que el amenazador lleve a cabo lo anunciado, y porque las amenazas, si son serias y verosímiles, se sancionan, aun cuando no se pretenda con ellas imponer alguna conducta específica a la víctima³.

En cuanto a los requisitos que deben concurrir para la configuración del delito de amenazas, la doctrina nacional ha señalado que la seriedad de ésta implica que de la amenaza expresada se entienda la decisión, de quien la realiza, de llevar a cabo el mal con que se amenaza. Por ello, deben descartarse aquéllas proferidas en un contexto de broma⁴. En conclusión, que las apariencias señalen el propósito real del hechor de ejecutarlas⁵.

- 1 Abogadas de la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
- 2 De ahí el énfasis en los criterios de persecución penal de este delito contenidos en el Oficio FN N°111, de 18 de marzo de 2010.
- 3 Oficio FN N°18, de 9 de enero de 2007, p. 1.
- 4 POLITOFF, MATUS y RAMIREZ, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial, Editorial Jurídica, 2004, p. 188.
- 5 ETCHEVERRY, Derecho Penal, Parte Especial, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 320.

En cuanto al requisito de la verosimilitud, se ha entendido, que este requisito se encuentra referido al mal con que se amenaza, considerando el contexto en que es proferido, esto es, la forma y las circunstancias en que se le señala a la víctima, de manera tal que para ella sea creíble su realización. Para estos efectos, debe evaluarse la situación concreta en que se encuentra la persona afectada⁶. En este sentido, el análisis se deberá efectuar desde la posición subjetiva de la víctima, sin perder de vista "que las circunstancias muestren dicha realización como posible".

El marco relacional de la violencia al interior de la familia favorece que amenazas proferidas por el agresor hacia el ofendido contengan, en sí mismas, suficiente entidad como para considerarlas veraces y serias, siempre y cuando la relación resulte abusiva, y que exista un miembro que somete, domina y controla a otro que se encuentra impotente, atrapado y coaccionado, características que se refuerzan por la mayor exposición al riesgo que sufre la víctima al cohabitar con el autor de las amenazas.

Del análisis que se realizará de las sentencias de Cortes de Apelaciones sobre el delito en particular, se destacan seis. De éstas, tres acogen la tesis del Ministerio Público, una la rechaza y otras dos se pronuncian sobre la improcedencia de los acuerdos reparatorios en delitos de amenazas en violencia intrafamiliar.

II. Análisis de sentencias de Cortes de Apelaciones en cuanto a los requisitos de seriedad y verosimilitud

1. Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, de 3 de septiembre de 2008.

Rol Ingreso Corte N°1427-2008 Fiscal: Evelyn Kremer Parada Ruc N°: 0800201147-7

El Ministerio Público presentó recurso de nulidad, esgrimiendo como fundamento la errada aplicación del artículo 296 N°3º del Código Penal, en relación con el artículo 395 del Código Procesal Penal, al decidir el tribunal que el mal con que se amenazó a la ofendida, consistente en "quemarle la camioneta y agredirla físicamente o pegarle" era un hecho insignificante de aquellos con que suele amenazarse, sin ánimo de llevarlos a cabo, que no infundió temor a la víctima. El recurrente destacó que el fundamento tercero del fallo consigna que el día de los hechos, la mujer sintió mucho miedo de que el imputado la golpeara, ya que azotaba la reja, reproduciendo lo que el hijo de la víctima declaró en el juicio, en relación a que tuvo temor de que el imputado le pegara a su madre, refiriéndose a su vez, al miedo observado en la víctima.

⁶ POLITOFF, MATUS y RAMIREZ. Ob. Cit., pp. 188 y 189.

⁷ ETCHEVERRY, Ob. Cit., p.320.

La Corte anula la sentencia del Décimo Cuarto Tribunal de Garantía de Santiago, de 8 de julio de 2008, concluyendo en su considerando quinto, que las expresiones vertidas implicaban un mal verdadero y no un hecho insignificante. Agregando que el fallo recurrido transgrede la norma penal, cuando determina que las amenazas no son serias, por haber actuado el ofensor en un momento de ofuscación y motivado por una reclamación de carácter patrimonial, lo que implica introducir requisitos no previstos en el tipo penal, pues la presencia de exaltación o motivación no excluye la seriedad de una amenaza, especialmente cuando se trata de amenazas proferidas en contexto de pareja.

La Corte considera que la amenaza es verosímil atendido los hechos probados en juicio, que dan cuenta de la existencia del marco relacional de violencia intrafamiliar, esto es: que fueron proferidas por su cónyuge, del cual se encontraba separada de hecho; y que la víctima había sido golpeada anteriormente por el imputado, lo que hace posible producir en ésta un fundado temor de una nueva agresión.

Este fallo deja sentado que para acreditar la verosimilitud deben abordarse los hechos y sus circunstancias desde la perspectiva de la víctima, de modo que la declaración de ésta debe contener los elementos que permitan sostener por qué para ella es posible que el mal suceda. De ahí que se consideren concurrentes los requisitos de la amenaza, sino en todos los casos, en su gran mayoría, tratándose de violencia constitutiva de "terrorismo íntimo" de alto riesgo, lo que puede acreditarse con el historial de violencia intrafamiliar de la víctima.

Santiago, tres de septiembre de dos mil ocho.

Vistos: en los antecedentes RUC 800201147-7 RIT N°3.497-2008 del 14º Juzgado de Garantía de Santiago, por sentencia definitiva de ocho de julio último, se absolvió a Oscar Alejandro Berckhoff Cosme, de la acusación formulada por el Ministerio Público en su contra, como autor del delito de amenazas, previsto y sancionado en el artículo 296 N°3 del Código Penal, en perjuicio de su cónyuge M.C.F.O.

En contra de esta sentencia, doña Evelyn Kremer Parada, Fiscal Adjunto de la Unidad de Violencia Intrafamiliar de La Florida, dedujo recurso de nulidad por la causal contemplada en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, fundada que se habría incurrido en errónea aplicación del derecho con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, al resolver que los hechos descritos en el requerimiento, no obstante estar debidamente comprobados en el proceso, no son constitutivos del ilícito que se imputa al acusado, infringiendo de este modo el artículo 396 N°3 del Código Penal, en relación con el artículo 395 del Código Procesal penal, lo que condujo a la decisión absolutoria. Solicita, en consecuencia, se acoja el recurso, se invalide la sentencia y se determine el estado en que ha de quedar el procedimiento para la realización de un nuevo juicio oral.

Se procedió a la vista de la causa en audiencia pública y se citó a los intervinientes para la lectura del fallo, a la audiencia de hoy, a las 13:00 horas.

Considerando:

- 1°) Que se invoca en el recurso la causal prevista en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, que admite la declaración de nulidad del juicio y de la sentencia, cuando en el pronunciamiento del fallo se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del mismo.
- 2°) Que se esgrime como fundamento de la causal invocada la errada aplicación del artículo 296 N°3° del Código Penal, en relación con el artículo 395 del Código Procesal Penal, al decidir el tribunal que el mal con que se amenazó a la ofendida, consistente en "quemarle la camioneta y agredirla físicamente o pegarle" era un hecho insignificante de aquellos con que suele amenazarse, sin ánimo de llevarlos a cabo y no infundió temor a la víctima. Destaca que el fundamento tercero del fallo consigna que la mujer "indicó que ese día tuvo mucho miedo de que la golpeara, ya que azotaba la reja", y reproduce lo que su hijo O. declaró en el juicio, en cuanto "tuvo miedo de que le pegara a su mamá y que él no podría hacer nada, indicando que su mamá estaba temblando de miedo y llorando", de donde concluye que las expresiones vertidas implicaban un mal verdadero y no un hecho insignificante.

Agrega que la sentencia transgrede también la norma penal cuando determina que las amenazas no son serias por haber actuado el ofensor en un momento de ofuscación y motivado por una reclamación de carácter patrimonial, introduciendo de este modo requisitos no previstos en el tipo penal, pues la presencia de exaltación o motivación no excluye la seriedad de una amenaza. Además, aunque la víctima haya manifestado que él solía golpearla cuando estaba ebrio, el hecho enfatizado en la sentencia, de encontrarse sobrio al momento de proferir las amenazas, no basta para descartar la posibilidad de que el sujeto concretara su propósito

Por lo expuesto, estima el ministerio público que la sentencia incurrió en error de derecho que influyó en lo dispositivo, porque de haberse aplicado correctamente la norma se habría arribado a una decisión condenatoria, por ser el imputado responsable como autor del delito de amenazas.

3º) Que la sentencia impugnada recayó en un procedimiento simplificado en que el imputado, al ser interrogado por el juez conforme al artículo 395 del Código Procesal Penal, solicitó la realización del juicio.

Los hechos atribuidos en el requerimiento son los siguientes:

"El día 27 de febrero de 2008, el requerido Oscar Alejandro Berckhoff Cosme llegó al domicilio de su cónyuge (con quien se encuentra separado de hecho) M.C.F.O., el que se encuentra ubicado en XXX, con el objeto de pedirle que le devolviera la camioneta Chevrolet Luv año 1997, patente XXX, la cual había prestado a un amigo y luego la víctima había recuperado porque se encuentra a su nombre y como ésta se negó a entregársela el requerido comenzó a insultarla y le dijo que se atuviera a las consecuencias, ya que le iba a quemar la camioneta y que donde la encontrara la iba a golpear".

- 4º) Que luego de analizar y valorar la prueba rendida, en su fundamento quinto, la sentencia impugnada tuvo por acreditados, sin lugar a dudas, lo siguiente:
- a) Que el día de los hechos el requerido fue a casa de la víctima, que la insultó y que zamarreó la reja del inmueble.
- b) Que le dijo que iba a quemar la camioneta y que le iba a pegar.
- c) Que el requerido no ingresó al inmueble de la víctima y que ese día no estaba ebrio.

Sobre la base de estos presupuestos de hecho el juez determinó que la conducta del acusado no configuraba el delito de amenazas tipificado en el artículo 296 N^3 del Código Penal, por no concurrir los elementos descriptivos del mismo, cuales son la seriedad de la amenaza y la verosimilitud del mal conminado.

5°) Que de acuerdo a los hechos establecidos en la sentencia, no hay duda que concurre la hipótesis prevista en la norma legal citada, en cuanto se ha amenazado a una mujer con la ejecución de un mal que constituye delito y que la pone en peligro, si se considera que no se trata de un hecho de difícil realización y que la amenaza proviene de su marido, del que se encuentra separada de hecho, quien la ha golpeado con anterioridad, de modo que el mal anunciado resulta verosímil y capaz de producir en la víctima fundado temor de verse expuesta a una nueva agresión.

De esta manera, la amenaza era seria y verosímil, pues los hechos que el tribunal tuvo por probados descartan que el agente no tuviera intención de llevar a cabo la conducta anunciada y, por el contrario, su agresiva presentación en el hogar de la ofendida hacía predecible un ataque posterior. En consecuencia, al resolver que las expresiones proferidas no configuraban el delito de amenazas no condicionales, la sentencia ha dado errada aplicación al artículo 296 N°3º del Código Penal, con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, toda vez que ello determinó la absolución del imputado, configurándose así la causal de nulidad prevista en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal

Por estas consideraciones y visto, además lo dispuesto en los artículos 372, 373, 376, 377, 384 del Código Procesal Penal, se <u>acoge</u> el recurso de nulidad interpuesto en contra de la sentencia de fecha ocho de julio del año en curso, pronunciada por doña Andrea Acevedo Muñoz, juez del 14º Juzgado de Garantía de Santiago, la que es nula, al igual que el juicio que le precedió, y se retrotrae el procedimiento al estado de realizar nuevamente la audiencia en procedimiento simplificado, por el juez no inhabilitado que corresponda

Acordada con el voto en contra de la ministro señora Rosa María Maggi Ducommun, quien estuvo por rechazar el recurso de nulidad, teniendo para ello en consideración:

Que la causal de nulidad prevista en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal sólo autoriza a esta Corte para revisar la aplicación del derecho, mas no los presupuestos de hecho ni la ponderación de los antecedentes aportados al proceso o su idoneidad para configurar el ilícito, y en este caso, en opinión de la disidente, los hechos que el tribunal tuvo por ciertos no resultan suficientes para tener por configurado el delito por el cual se formuló el requerimiento.

En efecto, los hechos especificados en el fundamento quinto del fallo impugnado nada aportan acerca de las circunstancias que rodearon los hechos, en términos que permitan tener por establecido, con la necesaria certeza, que el agente haya tenido el propósito firme y serio de llevar a cabo la conducta anunciada, de modo que la descripción allí contenida no es bastante para concluir que la amenaza estuviera revestida de la seriedad que exige el tipo penal, por lo que no se estima configurada la causal de nulidad invocada.

Registrese y comuniquese.

N°1.427-2008.

Redacción de la ministro señora Maggi.

2. Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, 7 de diciembre de 2007

Rol Ingreso Corte N°2493-2007 Fiscal: Eva Curia Castro Ruc N°: 0600092547-9

El Ministerio Público recurre en contra de la sentencia pronunciada por el Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago, de fecha 24 de octubre de 2007, que absolvió al imputado de la autoría de los delitos de amenazas en contra de su ex conviviente, con quien tenía hijos en común. La Fiscalía funda el recurso en la causal contemplada en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, al infringir el artículo 296 N°2 y N°3 del Código Penal, toda vez que para el tribunal, los hechos materia del requerimiento, no obstante revestir el carácter de graves, no cumplen con las características de verosimilitud y seriedad exigidas por el tipo penal, concluyendo que los hechos podrían calificarse como actos constitutivos de violencia psicológica en la persona de la víctima, los que no llevan asociados una sanción penal.

El recurrente señala que el Tribunal de Garantía fundó la falta de seriedad y verosimilitud, en el medio de comisión de las amenazas, las que fueron proferidas telefónicamente y no en persona, por lo que a su juicio, éstas no habrían sido acompañadas de un contexto de peligro para la víctima.

Destacamos este fallo, no sólo porque se trata de la primera sentencia de Corte de Apelaciones que se pronuncia sobre las amenazas proferidas telefónicamente⁸, sino también porque se establece como característica propia de ese

⁸ Sobre esta materia existen algunos pronunciamientos como, sentencia del Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago, de 20 de noviembre de 2007, pronunciada en causa RUC

delito, la existencia de cierto grado de incertidumbre en cuanto a la consumación del mal con que se amenaza, pues lo relevante son las características que rodean la amenaza y si éstas revelan, o no, un propósito real del sujeto activo de llevarlas a cabo, lo que es plenamente concordante con lo establecido en el fallo precedente.

En cuanto a la concurrencia del requisito de seriedad de la amenaza, el pronunciamiento de la Corte de Apelaciones de Santiago es de suma importancia, por cuanto resta relevancia al tiempo que media entre la ejecución de una amenaza y otra. Este razonamiento sirve para rebatir el argumento esgrimido por la Defensoría y que ha sido recogido por algunos Tribunales de Garantía y del Juicio Oral en lo Penal, consistente en que no serían serias las amenazas cuando no se concreta el mal con que se amenaza, en el tiempo transcurrido entre la denuncia y el juicio. Por último, el Tribunal adhiriéndose a la doctrina mayoritaria⁹, establece que de concretarse los hechos que constituyen las amenazas, éstos hubieran sido constitutivos de otro delito, lo que reafirma la tipicidad de la conducta sometida al juzgamiento del Tribunal A Quo.

Debe tenerse presente, como ya se dijo, que la mayoría de las amenazas en el contexto de pareja (cónyuges, ex cónyuges, convivientes, ex convivientes, o padres de un hijo en común), se cometen en el marco de una relación abusiva, por lo que suelen ser de carácter condicional, como sucede en los hechos del fallo que se comenta, manifestados en la expresión "si no vienes donde te estoy esperando, te voy a ir a buscar y te voy a pegar...". En este sentido, los requisitos de la amenaza se manifiestan, precisamente, en el control de la conducta de la víctima, por lo que la mayoría de las veces, este delito, logra regular el comportamiento de ésta, sin que sea necesario que se concrete el mal con que se amenaza.

"Santiago, siete de diciembre de dos mil siete.

VISTOS:

PRIMERO: Que, recurre de nulidad el Ministerio Público en contra de la sentencia de fecha 24 de octubre de 2007, dictada en procedimiento simplificado por el 4º Juzgado de Garantía de Santiago, que **absolvió** a Luis Alejandro Cid Figueroa del requerimiento presentado en su contra por el Ministerio Público como autor de delitos de amenazas presumiblemente cometido en contra de doña G.R.L.. Funda el recurso, en la causal contemplada en el artículo 373 B) del Código Procesal Penal, esto es, que en pronunciamiento de la sentencia se ha hecho una errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, que en la especie, se

⁰⁶⁰⁰⁷⁵⁰⁹⁴²⁻K y sentencia del Octavo Juzgado de Garantía de Santiago, de 16 de diciembre de 2009, pronunciada en causa RUC 0900674131-K.

⁹ ETCHEVERRY, *Ob. Cit.*, p. 321 y POLITOFF, MATUS y RAMIREZ, *Ob. Cit.*, pp. 189 y 190.

tradujo en una errónea aplicación del artículo 296 N^2 y 3, ambos del Código Penal, y del artículo 395 del Código Procesal Penal.

En cuanto a la supuesta infracción a la norma del artículo 296 N°2 y 3 del Código Penal, señala el recurrente que la errónea aplicación de la ley se manifiesta en el razonamiento contenido en el considerando cuarto del fallo impugnado, toda vez que el Tribunal razona en el sentido de que los hechos materia del requerimiento, y que fueron reconocidos por el requerido, si bien es cierto que tienen el carácter de graves, no revisten los caracteres de verosimilitud y seriedad que se requiere para que sean constitutivos de delito, "sino que más bien podrían calificarse como actos constitutivos de violencia psicológica en la persona de la víctima, que no llevan asociada una pena, sino una sanción diversa en la ley de violencia intrafamiliar". Es este parecer del Tribunal, el que el Ministerio Público considera como erróneo y el que a su juicio hace procedente la causal de nulidad invocada, toda vez que el Tribunal estaría dándole a la norma un alcance distinto al que realmente tiene, en particular, porque a juicio del recurrente, transgrede el texto legal del artículo 296 en sus numerandos 2 y 3, ambos del Código Penal, el hecho de que el Tribunal hubiere considerado que las amenazas no fueron serias ni verosímiles por cuanto no fueron hechas en persona sino telefónicamente y por tanto, no fueron acompañadas de un contexto de peligro para la víctima.

SEGUNDO: Que, en relación a la causal invocada, y la eventual infracción denunciada por el recurrente, conviene tener en consideración que los hechos reconocidos por el requerido son los consignados en el considerando segundo del fallo impugnado. Por tanto, al tener dicha calidad, deben ser tenidos como hechos ciertos para los efectos de los razonamientos de derecho que correspondan.

TERCERO: Que, ambos hechos fueron calificados jurídicamente por el Ministerio Público como constitutivos de los delitos de amenazas, tanto de la norma contenida en el artículo 296 N°2, tratándose el primer hecho de una amenaza hecha bajo condición, como también del artículo 296 N°3, tratándose el segundo hecho de una amenaza no condicional.

CUARTO: Que, según el contenido de los hechos del requerimiento, lo que queda por discutir es si esos hechos colman los tipos penales contemplados en las normas señaladas en el considerando precedente. En dicho sentido, la discusión se ha centrado en el hecho de si las amenazas en cuestión tienen el carácter de serias y verosímiles. Respecto a este aspecto controvertido, conviene señalar que la seriedad de la amenaza importa la concurrencia de circunstancias que otorguen la apariencia de un propósito real del hechor de llevar a cabo los hechos en que ella consiste, mientras que la verosimilitud de la amenaza, importa la concurrencia de circunstancias que muestren dicha realización como posible.

QUINTO: Que, en tal sentido no puede caber duda que los hechos tal como son expuestos en el requerimiento, además de las circunstancias que se han oído en estrados, hacen concluir a esta Corte que los dichos proferidos por el requerido, indepen-

diente del tiempo que media entre un hecho y otro, dan a entender un propósito real de ocasionar un daño a la víctima, y la mera circunstancia de que hubieren sido proferidas por vía telefónica, en nada obsta a la seriedad de que están revestidas. En dicho sentido, entiende esta Corte que es inherente a una amenaza cierta incertidumbre respecto a su consumación, pero lo que importa para efectos de la tipicidad de la conducta no es el mayor o menor grado de certeza, sino las características que la rodean y si éstas revelan o no un propósito real del sujeto activo de llevarlas a cabo. Lo anterior, adquiere mayor relevancia si se considera que en los hechos ocurridos el día 05 de febrero de 2006, el imputado abordó personalmente a la víctima al salir de su lugar de trabajo, lo que refuerza el carácter de serias de las amenazas de autos.

SEXTO: Por otra parte, la verosimilitud de las amenazas consignadas en los hechos del requerimiento aflora con claridad, toda vez que el hecho de que el imputado le haya dicho a la víctima que "uno de estos días le podría ocurrir algo", o bien que "ten cuidado porque a la salida te puede pasar cualquier cosa, te voy a estar esperando quote", o "si no vienes donde te estoy esperando te voy a ir a buscar y te voy a pegar", aparecen como circunstancias perfectamente posibles y verosímiles, y en consecuencia, se ajustan perfectamente al tipo penal tantas veces referido. Por último, debe señalarse que de concretarse los hechos que constituyen las amenazas, éstos hubieran sido constitutivos de delito, lo que reafirma la tipicidad de la conducta sometida al juzgamiento del tribunal de primer grado.

SEPTIMO: Que, en dicho sentido el sentenciador ha realizado una errónea aplicación de la norma contenida en los N°2 y 3 del artículo 296 del Código Penal, puesto que se le ha dado a la norma un alcance más restringido que el que realmente tiene, en particular a los conceptos de seriedad y verosimilitud que considera la disposición. En tal sentido, cabe recalcar que la errónea aplicación del derecho, no dice relación sólo con una distinta apreciación de los hechos, sino que derechamente tienen que ver con el sentido normativo con que se emplean los conceptos incorporados en el tipo penal.

OCTAVO: Que, por último, es evidente que la errónea aplicación del derecho ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, puesto que ha llevado al Tribunal a dictar sentencia absolutoria a favor del requerido, situación que sin lugar a dudas puede ser diversa de mediar una interpretación correcta de los preceptos señalados.

Por estas consideraciones, y lo dispuesto en los artículos 372, 373, 384 y 386, todos del Código Procesal Penal, se declara que se <u>ACOGE</u> el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público, y en consecuencia, se ANULA el juicio oral simplificado y la sentencia de fecha 24 de octubre de 2007, debiendo remitirse los antecedentes al Tribunal no inhabilitado que corresponda, a fin de que disponga la realización de un nuevo juicio oral.

REGISTRESE Y COMUNÍQUESE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. RUC N°0600092547-9. RIT: N°1290-2007.

ING: N°2493-2007.

Pronunciada por la Tercera Sala de esta Iltma Corte de Apelaciones de Santiago, integrada por el Ministro Sr. Mario Carroza Espinosa, por la Ministra (S) señora Patricia González Quiroz y por el Abogado Integrante Sr. Patricio González Marín.

No firma la Ministra (S) señora Patricia González Quiroz, no obstante haber concurrido a la vista de la causa y al acuerdo, por ausencia.

3. Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, de 18 de mayo de 2009

Rol Ingreso Corte N°142-2009 Fiscal: Octavio Stuardo Mellado Ruc N°: RUC N°0810008500-4

El Ministerio Público y la Defensoría Penal Pública interpusieron recursos de nulidad, en contra de la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, pronunciada el 16 de marzo de 2009, que condenó al imputado como autor de un delito de amenazas, absolviéndolo, a su vez, del delito de desacato y de otro delito de amenazas, por el que se le acusó.

En ambos casos, la causal invocada fue la del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, acogiéndose el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público, en lo que dice relación con el delito de desacato, anulando la sentencia del referido Tribunal Oral, y el juicio oral en que recayó, sólo en la parte que dice relación con el delito ya indicado, rechazándose el recurso de nulidad interpuesto por la Defensoría que pretendía revertir la condena por el delito de amenazas.

En esta sentencia relevamos lo establecido en el considerando décimo, pues reproduce los argumentos del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal sobre la concurrencia de los requisitos de seriedad y verosimilitud, concordantes con los criterios doctrinarios, ya citados, sobre la materia, así como también, con lo resuelto en las sentencias comentadas previamente. Sin embargo, este pronunciamiento agrega, como una manifestación de la afectación de la libertad de la víctima, la circunstancia de que ésta haya debido arrancar y esconderse del acusado.

"Concepción, dieciocho de mayo de dos mil nueve.-

OIDAS LAS PARTES Y VISTO LOS ANTECEDENTES:

En esta causa del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, RUC N°0810008500-4, RIT N°0-32-2009, por los delitos de amenazas y desacato,

seguida en contra de Jorge Agustín Muñoz Parra, por sentencia de dieciséis de marzo de dos mil nueve se absolvió a dicho imputado del delito de desacato, tipificado en el artículo 10 de la Ley N°20.066, en relación con el artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, que habría ocurrido el 28 de abril de 2008. También se le absolvió de los delitos de amenazas, tipificados en el artículo 296 N°3 del Código Penal, en relación con el artículo 5º de la Ley N°20.066, que abría cometido el 29 de enero y 22 de junio de 2008. En ambos casos, no condena en costas al Ministerio Público. Además, condena a dicha persona a la pena de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo, a la accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante le tiempo de la condena, y al pago de las costas de la causa, en su calidad de autor del delito de amenazas, previsto y sancionado en el artículo 296 N°3 del Código Penal, cometido en Concepción el 14 de mayo de 2008. Para este caso le concedió el beneficio de la remisión condicional de la pena.

En contra de la referida sentencia el Ministerio Público y la Defensoría Penal Pública interpusieron sendos recurso de nulidad. En ambos casos la causal invocada fue la del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal. Habiéndose concedido y estimándose admisibles dichos recursos por esta Corte de Apelaciones se dispuso su inclusión en tabla.

En la audiencia respectiva y luego de la intervención del Ministerio Público y del Defensor Penal Público se dio a conocer que la lectura del fallo se realizará en la audiencia del día de hoy, 18 de mayo.

CONSIDERANDO: EN CUANTO AL RECURSO DE NULIDAD INTER-PUESTO POR EL MINISTERIO PUBLICO.-

PRIMERO: Que respecto del recurso interpuesto por el Ministerio Público. La fiscalía interpuso recurso de nulidad fundada en la causal contemplada en la letra b del artículo 373 del Código Procesal Penal, estimándose que se ha aplicado erróneamente los artículos 240 del Código de Procedimiento Civil, los artículos 6, 9, 10, 15 y 18 de la Ley N°20.066, y el artículo 155 del Código Procesal Penal. Señala que al acusado se le imputa el delito de desacato atendido que el 31 de marzo de 2008 en causa RIT 3404-08 del Juzgado de Garantía de Concepción y en audiencia celebrada en tal oportunidad, se le impuso la medida cautelar establecida en el artículo 155 letra g) del Código Procesal Penal, en relación con el artículo 9 letra b) de la Ley Nº20.066, ordenando el tribunal la prohibición absoluta de acercarse a la víctima doña P.F.Z., tanto en su domicilio particular o en cualquier lugar en que ésta se encuentre y prohibición absoluta de mantener contacto con la misma por cualquier medio; y que el 28 de abril de 2008, aproximadamente a las 20.25 horas, el acusado fue sorprendido por personal policial y por F.Z. en los momentos en que golpeaba con las manos la puerta en el inmueble donde vive la ofendida, ubicado en calle XXX. Agrega que el artículo 18 de la Ley N^2 20.066 dispone que en caso de incumplimiento de las medidas cautelares decretadas, conforme al artículo 15, se aplicará lo dispuesto en el artículo 10, es decir, se debe informar al Ministerio Público para lo previsto en el inciso 2º del artículo 240 de l Código de Procedimiento Civil. Afirma que en la

sentencia definitiva se señala que los hechos no configuran el delito de desacato porque la medida cautelar no fue aplicada en el ámbito de la Ley de Violencia Intrafamiliar. Pero ello es contrario a lo que dispone expresamente el acta de audiencia de control de detención y formalización de 31 de marzo de 2008. En esta ocasión el acusado fue formalizado por delito de amenazas en contexto de violencia intrafamiliar y por cuyo motivo, para proteger a la víctima sea decreto la medida cautelar del artículo 155 letra g) del Código Procesal Penal, en relación con la letra b) del artículo 9 de la Ley N^2 20.066, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 de la misma ley. Añade que también se incurre en un error de derecho al afirmar que el artículo 15 de la Ley N°20.066 solo hace referencia a las cautelares del artículo 92 de la Ley N°19.968 y las del artículo 7º de la Ley N°20.066. Expresa que de no existir las infracciones indicadas se hubiese arribado a la conclusión que el acusado cometió el delito de desacato en calidad de autor. Pide, en definitiva, declarar la nulidad de la sentencia recurrida y del juicio oral, ordenado la remisión de los antecedentes al tribunal no inhabilitado que corresponda para que disponga la realización de un nuevo juicio oral.

SEGUNDO: Que el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal concluyó en el motivo séptimo: Que el 28 de abril de 2008, aproximadamente a las 20:25 horas, el acusado Jorge Agustín Muñoz Parra, fue sorprendido en el antejardín del domicilio de P.F.Z., ubicado en calle XXX, por ella misma y por personal policial que concurrió al lugar, en circunstancias que por resolución judicial de fecha 31 de marzo de 2008, dictada en una audiencia realizada en la causa Rit 3404-2008 del Juzgado de Garantía de Concepción, se había decretado la medida cautelar del artículo 155 letra g) en relación con el artículo 9 letra b) de la Ley $N^220.066$, que le prohibía en forma absoluta acercarse a la víctima F.Z. tanto a su domicilio particular o en el lugar que ésta se encontrare como también la prohibición absoluta de mantener contacto con la misma por cualquier medio. Luego, en el considerando décimo señalan que estos hechos no configuran el delito de desacato por dos órdenes de razones. El primero porque no consta que la medida cautelar que afecta al imputado haya sido dictada en el ámbito de la Ley de Violencia Intrafamiliar; y, en segundo lugar, porque aún cuando el acusado incumplió la prohibición de acercarse a la ofendida y a su domicilio, no hubo en tal conducta de acuerdo a la prueba del juicio- nada que significase un peligro concreto para la vida o integridad física o psíquica de esta última, salvo los insultos y groserías que de manera casi habitual profería en su contra cuando estaba bajo los efectos del alcohol, y tal peligro concreto es el único elemento que justifica la severidad de la reacción penal por la vía de estimar configurado un delito de desacato. Enseguida, señalan razones de orden sistemáticos, las que señalan.

TERCERO: Que, sin embargo, la conclusión del Tribunal es claramente contradictoria con los hechos que se han tenido por establecidos. En efecto, como se ha expuesto en la reflexión primera en audiencia realizada ante el Juzgado de Garantía se decretó la medida cautelar del artículo 155 letra g) del Código Procesal Penal, en relación con el artículo 9 letra b) de la Ley N°20.066, que le prohibía en forma absoluta al imputado acercarse a la víctima P.F.Z. tanto a su domicilio particular o en el lugar

que ésta se encontrare como también la prohibición absoluta de mantener contacto con la misma por cualquier medio.

CUARTO: Que el artículo 6º de la Ley N°20.066, señala que los actos de violencia intrafamiliar que no constituyen delito serán de conocimiento de los juzgados de familia y aquellos actos que lo sean serán de competencia de los juzgados ordinarios penales. Luego, el artículo 15 de la citada ley faculta a los tribunales penales a decretar medidas cautelares, tales como las que establece el artículo 92 de la Ley N°19.968 y las aludidas en el artículo 7º, de allí que podrán aplicar las medidas cautelares del artículo 155 del Código Procesal Penal sino también las que señala la Ley N°19.968, que crea los Tribunales de Familia, como las señaladas en la ya citada Ley N°20.066. Más adelante, el artículo 18 de esta última ley dispone que en caso de incumplimiento de las medidas cautelares decretadas conforme el artículo 15 se aplicará lo dispuesto en el artículo 10, es decir, se debe informar al Ministerio Público para lo previsto en el inciso 2º del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, sin perjuicio de imponer al infractor, como medida de apremio, arresto hasta por quince días.

QUINTO: Que, en consecuencia, aunque el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal no ha dictado la sentencia en forma lógica y coherente por cuanto no ha hecho un análisis sistemático y disgregado de los hechos contenido en las cuatro acusaciones que se han formulado en contra del imputado, en lo que dice relación con el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público al no haberse aplicado las normas antes referida en la sentencia recurrida se ha incurrido en un error de derecho que ha influido sustancialmente en lo resuelto, al haberse absuelto al imputado de la acusación por el delito de desacato, cometido el día 28 de abril de 2008 en la ciudad de Concepción, por lo que se hará lugar al recurso de nulidad en cuanto a este capítulo.

CON RELACIÓN AL RECURSO DE NULIDAD INTERPUESTO POR LA DEFENSORIA PENAL PUBLICA.-

SEXTO: Que la Defensoría Penal Pública ha interpuesto recurso de nulidad sólo en aquella parte que condenó al requerido, Jorge Agustín Muñoz Parra, en calidad de autor del delito de amenazas, previsto y sancionado en el artículo 296 N³3 del Código Penal, a sufrir la pena de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo, a las accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y al pago de las costas de la causa, concediéndosele el beneficio de la remisión condicional de la penal. Pide que se anule la sentencia en esta parte, dictando la correspondiente sentencia de reemplazo, absolviendo al imputado de todo cargo, por la causal de nulidad del artículo 373 letra b), en relación con el artículo 385, ambos del Código Procesal Penal. Señala que los hechos acreditados son los siguientes: Que el día 14 de mayo de 2008, aproximadamente a las 19.30 horas, la víctima doña P.C.F.Z. se encontraba en su domicilio ubicado en calle XXX y al momento de salir se encontró con el acusado Jorge Agustín Muñoz Parra, quien lo hacía bajo los efectos del alcohol, quien la amenazó de agresión y de muerte, por lo que tuvo que arrancar al interior de su domicilio. (Considerando 7º, letra b). Agrega que las amenazas constituyen un delito de peligro concreto y su bien jurídico comprometidos la libertad de autodeterminación, por lo que se han establecido estrictas condiciones para su configuración, como son la seriedad y verosimilitud, que deben concurrir copulativamente. Afirma que existió una errónea aplicación del derecho por cuanto los que se han acreditado en el juicio y que sirvieron de base para la resolución del tribunal solo dicen relación con insultos, groserías, malos tratos de palabra y amenazas que habrían sido proferidas de palabras por el imputado, una persona alcohólica, que se encontraba en el momento en que ocurrieron los hechos bajo los efectos del alcohol, de acuerdo a lo señalado en la propia declaración de la ofendida, por lo que faltaría la exigencia de la verosimilitud. No existe prueba que la acredite, ya que las expresiones de muerte y agresión no constituyen por sí mismo un delito de amenazas sino que deben estar rodeados de una serie de circunstancias que hagan que el bien jurídico sea sensibilizado. Lo contrario significaría transformar a las amenazas como delito de peligro abstracto. Añade que el funcionario policial, Luis Rodríguez Martínez, señaló que al llegar al domicilio de la afectada el imputado se encontraba en la vía pública bajo los efectos del alcohol, razón por la cual sólo se le efectuó un control de identidad, siendo posteriormente dejado en libertad porque o fue sorprendido en las amenazas, las que ya habrían ocurrido. De esta manera, no parece verosímil la configuración del tipo penal de amenazas, del artículo 296 N°3 del Código Penal, incurriendo los sentenciadores en una errónea aplicación del derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo y que significó condenar al acusado. Pide, en definitiva, invalidar parcialmente la sentencia, en la parte que condeno al acusado como autor del delito de amenazas ocurrido el 14 de mayo de 2008, por no constituir delito, dictado la de reemplazo, absolviendo al imputado por no ser los hechos probados constitutivos del delito de amenazas.

SEPTIMO: Que el recurrente ha aceptado los hechos establecidos en el considerando séptimo, letra b) de la sentencia en estudio, pero cuestiona que éstos hechos constituyan el delito por el cual se ha acusado a Muñoz Parra al no reunir la exigencia de verosimilitud que exige el tipo penal.

OCTAVO: Que el artículo 296 del Código Penal establece que el que amenazare seriamente a otro con causar a él mismo o a su familia, en su persona, honra o propiedad, un mal que constituya delito, siempre que de los antecedentes aparezca verosímil la consumación del hecho, será castigado, en el caso del N°3 que indica, con presidio menor en su grado mínimo, si la amenaza no fuere condicional; a no ser que merezca mayor pena el hecho consumado, caso en el cual se impondrá ésta. De esta manera, son elementos esenciales del delito la seriedad de la amenaza y la verosimilitud de la ejecución del mal anunciado.

NOVENO: Que la verosimilitud, elemento que el recurrente estima que en el presente caso no concurre, significa que el mal cuya realización se asevera o anuncia tenga apariencia de verdadero o sea digno de crédito, como lo ha señalado la doctrina. El mal, por la forma y circunstancias en que se le señala a la víctima, debe ser para ella creíble su realización futura, atendida la situación concreta en que se encuentra.

DECIMO: Que, como lo señala el recurrente, los hechos que se han tenido por establecidos en el juicio, de acuerdo con el considerando séptimo, letra B), y que sir-

vieron de base para la resolución del tribunal, dicen relación con que el imputado, bajo los afectos del alcohol, amenazó de agresión y muerte a la víctima, la que tuvo que arrancar al interior de su domicilio. El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal en el motivo noveno señala que para dar por establecidos estos hechos se tuvieron en cuenta los dichos de la afectada F.Z., los que fueron corroborados por le funcionario policial Luis Humberto Rodríguez Martínez, concluyendo que: Así las cosas, el ente persecutor ha presentado dos relatos plenamente coincidentes, emanados de la afectada y del funcionario policial que concurrió al domicilio de la misma, precisamente ante la denuncia por amenazas que había formulado aquella, testimonios que fueron prestados en forma precisa, habiendo cada uno de ellos dado razón de sus dichos, no existiendo antecedentes que los contradigan, motivos por los cuales estos sentenciad ores les dan pleno valor a tales declaraciones, dejándose constancia además que no se vislumbran en ellos motivos para pretender alterar o tergiversar la realidad de las cosas; y muy por el contrario se condicen con otros antecedentes del juicio, como lo son la circunstancia que efectivamente con anterioridad existió entre la afectada y el acusado una relación sentimental, de la cual nacieron dos hijos, según dan cuenta los certificados de nacimientos incorporados al respecto, y el hecho que después del término de la relación han existido ciertos incidentes que han motivado que la afectada presentare denuncias en su contra, una de las cuales culminó en una formalización por el delito de amenazas, en la cual se dictó una medida cautelar en su favor en una audiencia judicial realizada el 31 de marzo de 2008, según lo afirmaron la propia afectada y el carabinero Muñoz Leiva, y de la cual da cuenta la copia autorizada del acta de la audiencia referida. Más adelante, el Tribunal en el considerando undécimo señala que los hechos son constitutivos del delito descrito y sancionado en el artículo 396 (296) N°3 del Código Penal, en grado de consumado, por cuanto se acreditó que la ofendida F.Z. fue objeto de amenazas de agresión y de muerte por parte del acusado Muñoz Parra, calificación que, según indican, se efectúa en atención a que del mérito de la prueba rendida aparece claramente que la mismas revisten seriedad, en orden a sufrir su persona un mal que constituye delito, existiendo un contexto que hace verosímil la consumación de las mismas. Expresan que: En efecto, la víctima dio cuenta del hecho de haber sido objeto de insultos, groserías, malos tatos y amenazas por parte del acusado, con quien tiene dos hijos, según consta de los certificados de nacimiento incorporados por el ente acusador, en la cual en su oportunidad se dictó una medida cautelar de prohibición de acercarse a su domicilio, según documento incorporado por la fiscalía, como también ha referido haber sido efectivamente agredida físicamente, al punto que una vez le soltó los dientes, que en todas las oportunidades anda en estado de ebriedad, situación ésta que por lo demás constató el policía Rodríguez Martínez el día de los hechos, al indicar que el imputado estaba bajo la influencia del alcohol; temor que ha hecho que la afectada tenga que esconderse, arrancarse del acusado las veces que se encuentra con él o sabe que está en las cercanías de su domicilio, según lo indicó ella misma; temor que también fue constatado por el funcionario policial ya referido, pues el día que la entrevistó indicó que estaba bastante nerviosa y asustada. Añaden: Que los antecedentes referidos permiten a estos sentenciadores arribar a la conclusión que las amenazas inferidas por el acusado en contra de la afectada revisten la seriedad y verosimilitud requerida por la norma

penal para configurar el delito en cuestión, esto es, al decir de Alfredo Etcheberry, las apariencias señalan el propósito real del hecho de llevarlas a cabo y las circunstancias muestran dicha realización como posible (Derecho Penal, Parte Especial, Tomo IV, página 320) Y en plena consonancia con lo referido anteriormente, se encuentra la circunstancias que la víctima se notó muy afectada al momento de declarar sobre los hechos, lo cual evidencia la intensidad de las amenazas de que ha sido objeto.

UNDECIMO: Que, de esta manera, los sentenciadores basados en los antecedentes fácticos que indican, los que se encuentran revestidos de seriedad y verosimilitud, han concluido señalando razones suficientes que, sin infracción legal alguna, se ha cometido el delito de amenazas, señalado en el artículo 296 N°3 del Código Penal.

DUODECIMO: Que, en consecuencia, el recurso de nulidad interpuesto por la defensoría penal pública será rechazado. Por estos fundamentos, disposiciones legales citadas, y teniendo presente, además, lo previsto en los artículos 352, 358, 372, 376, 378, 384 y 386 del Código Procesal Penal, se declara que:

I.- Se acoge el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público, por la causal absoluta del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, en lo que dice relación con el delito de desacato, tipificado en el artículo 10 de la Ley N°20.066, en relación con el artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, que se habría cometido en esta ciudad el 28 de abril del año pasado, por el cual se acusó al imputado Jorge Agustín Muñoz Parra, y, en consecuencia, se anula la sentencia de dieciséis de marzo del presente año, y el juicio oral en que recayó, sólo en la parte que dice relación con el delito ya indicado, debiendo el tribunal no inhabilitado que corresponda proceder a un nuevo juicio, fijándose día y hora para tal efecto.

II.- Se rechaza el recurso de nulidad interpuesto por la defensoría penal pública, en representación del imputado Jorge Agustín Muñoz Parra, en contra de la sentencia de dieciséis de marzo de dos mil nueve, en la parte que dice relación con el delito de amenazas del artículo 296 N°3 del Código Penal, cometido el día 14 de mayo de 2008, en la ciudad de Concepción.

Dése a conocer a los intervinientes que asistieron a la audiencia fijada al efecto, sin perjuicio de notificarse por el estado diario.

Registrese y devuélvase.

Redacción del Ministro Titular don Diego Simpértigue Limare".

 Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, 4 de julio de 2007

> Rol Ingreso Corte N°1308-2007 Fiscal: Luis Carreño Muñoz Ruc N°: 0700143923-K

La Defensoría Penal Pública interpuso recurso de nulidad en contra de la sentencia del Primer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, de fecha 18

de mayo del año 2007, que condenó como autor de los delitos de desacato y de amenazas de muerte no condicionales, más las accesorias pertinentes, concediéndosele el beneficio de la reclusión nocturna, fundado en la causal prevista en la letra f) del artículo 374, por haberse infringido lo dispuesto en el artículo 341, ambos del Código Procesal Penal, esto es, infracción al principio de congruencia; invocando en subsidio, la causal de nulidad de la letra b) del artículo 373 del mismo cuerpo legal.

Si bien, la Corte anula el fallo condenatorio, los hechos acreditados por el Ministerio Público ante el Primer Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Santiago, dan cuenta de que el imputado concurrió hasta el hospital donde la víctima se encontraba visitando a su hija de cuatro meses de edad, internada por una malformación y daño neurológico, en conocimiento de que allí se encontraba, pues visita diariamente a su hija, lugar donde la insulta, escupe y amenaza de muerte junto a sus tres hijos. Lo anterior, en conocimiento de la sentencia condenatoria ejecutoriada dictada en audiencia de control de detención y en procedimiento verbal simplificado, de fecha 15 de agosto de 2006, por el delito de lesiones menos graves en violencia intrafamiliar en contra de la misma víctima y sus hijos, dictada por el Primer Juzgado de Garantía de Santiago, donde se le impuso, además de otras penas, la prohibición de acercarse a las víctimas, a su lugar de trabajo o estudio.

Antes de comentar este fallo, advertimos que nos referiremos sólo al pronunciamiento de la Corte, en relación al delito de amenazas, toda vez, que como ya se señaló, el objeto de este análisis lo constituyen los requisitos de seriedad y verosimilitud de la misma, para lo cual, se reproducirán los considerandos pertinentes de la sentencia del Tribunal Ad Quem y de la pronunciada por el Tribunal A Quo.

Para comprender el alcance de la resolución de la Corte de Apelaciones de Santiago, es necesario referirnos, primeramente, a las consideraciones de la sentencia recurrida.

En efecto, los considerandos octavo y duodécimo del fallo de 23 de mayo de 2007, cuyos párrafos más relevantes se reproducen a continuación, dan cuenta de la existencia de un contexto de violencia al interior de la familia, que a juicio de la Fiscalía y del Primer Tribunal del Juicio Oral de Santiago, fueron suficientes para acreditar los requisitos de seriedad y verosimilitud exigidos por el tipo penal, evidenciándose las especiales características de vulnerabilidad de las víctimas (cónyuge y tres hijos en común), quienes dependen económicamente del agresor, lo que se hace aún más patente en este caso, pues la cónyuge debe cuidar de sus hijos, dos de ellos discapacitados, lo que necesariamente afecta la igualdad de condiciones entre los intervinientes, imposibilitando a las víctimas, prestar declaración en forma libre.

Es necesario considerar que en estas relaciones se instalan algunos de los sentimientos que caracterizan a las mujeres que sufren violencia en la pareja, como la indefensión 10 y la identificación con el agresor 11 .

Considerando Octavo

"... Sin embargo, tampoco existen reparos en los testimonios de las testigos J.H. y J.B., desde que ambas manifestaron que si bien no saben cuál será la condena que corresponde aplicar al imputado, piden al Tribunal considerar que ellas no quieren que su cónyuge y padre respectivamente, esté preso, dado que dependen exclusivamente de él para su sustento al igual que sus dos hermanos minusválidos; incluso la víctima J.H., señaló tener sentimientos de amor hacia su esposo, a pesar del gran daño que le ha provocado a su familia. Tales declaraciones no esconden motivos espurios si no que más bien parece coherente con una situación de incertidumbre acerca del resultado del juicio oral y el riesgo de perder su única fuente de sustento, por lo que tales testimonios impresionan a estos sentenciadores como creíbles y verosímiles; amén de no haber sido controvertidos en lo sustancial por la Defensa del acusado en lo que respecta a los hechos constitutivos de desacato".

Considerando Duodécimo

"... En efecto, la existencia de una amenaza seria, se acredita principalmente con los dichos de la víctima J.H., quien manifestó que en circunstancias que se encontraba

- 10 El estado de indefensión aprendida significa que todo intento de escape por parte de la mujer golpeada o intento de controlar o evitar la violencia ha sido un fracaso y que le determina la creencia de que nada de lo que pueda hacer cambiará la situación, lo que la lleva a un estado crónico de indefensión, falta de esperanza y desesperación. Gerlic explica que la motivación de la mujer para cambiar su conducta disminuye, como consecuencia de los reiterados maltratos y las mujeres creen que hagan lo que hagan para cambiar la situación no servirá y al generalizar la indefensión creen ya que no serán capaces jamás de cambiar la situación y renuncian a intentarlo. (en MORALES y QUINTEROS, "Análisis Teórico de la Violencia Doméstica en Chile y España desde una Perspectiva Psicosocial y Jurídica: Violencia hacia la Mujer", Cuadernos de Psicología Jurídica N°2, Asociación Chilena de Psicología Jurídica).
- 11 El concepto de identificación con el agresor de Ferenczi "alude a que cuando las personas enfrentan una amenaza, como una forma de supervivencia se identifican con el agresor, convirtiéndose en lo que éste espera que sean". Plantea que "la víctima se someterá a su agresor, olvidándose de sí misma, intentando adivinar los deseos del agresor, leer su mente y anticipar su voluntad para gratificarlo, para convertirse en lo que él espera. Este proceso que termina con la sumisión de la víctima, es una respuesta para sobrevivir del mejor modo posible a la amenaza, e implica la disociación de los propios sentimientos y percepciones" (en CREMPIEN, "El Trauma Relacional de la Violencia en la Pareja, Impacto y consecuencias", La Violencia en la Familia, Escuela y Sociedad. Sentidos, Consecuencias y Estrategias de Intervención. Seminario Internacional. Universidad Internacional SEK, noviembre de 2005). "Frankel propone que estar en relaciones de desigualdad, debilidad o desamparo lleva a asumir la estrategia de identificación con el agresor como una forma de enfrentar a los otros, percibidos como más fuertes, y por lo tanto, como una amenaza. La identificación con el agresor puede convertirse entonces, en una respuesta aprendida y generalizada en la vida, actuando como respuesta traumática continuada" (CREMPIEN, Ob. Cit., p. 92).

en el Hospital San Borja Arriarán visitando a su hija de cuatro meses de edad, internada desde su nacimiento llegó su esposo el que además de insultarla y escupirla le dijo "conchetumadre ahora los voy a matar a todos y vai a quedar contenta". La amenazó de muerte, dijo que los iba a matar a todos, ella sintió miedo porque en una oportunidad había intentado quemar la casa, echó parafina y quebró la cuna de su guagua que estaba en el Hospital. El problema fue por celos y parece que ella le dijo que él andaba con otra persona. Su marido toda la vida ha sido celoso, siempre ha sido agresivo, reaccionó peor que nunca, le pegó a su hija como nunca antes lo había hecho, estaba enloquecido, llegó Carabineros y lo detuvo.

En el Hospital le pidió ayuda a una funcionaria y fue socorrida por los guardias, quienes la sacaron por otra puerta. Fue a la Comisaría cercana del Hospital y luego a la Comisaría de su domicilio a denunciar los hechos, también habló con Francisco Rojas, asistente social de la Fiscalía a quien le contó lo sucedido.

Aclarando sus dichos al Tribunal, expresó que cuando su esposo los amenazó de muerte a todos, entendió que era a ella y a sus tres hijos.

A su turno, el guardia el Tribunal Mauricio Herrera, expresó que la señora estaba exaltada, nerviosa, asustada, la voz le salía medio temblorosa, él la acompañó por las escaleras de emergencia para que no se encontrara con su esposo.

Concatenado con lo expresado por estos testigos, se encuentran los dichos de la testigo J.B., quien señaló que ese día su madre que andaba en el Hospital visitando a su hermana, llegó tarde contándole que había tenido un problema con su padre y que se había demorado en regresar al domicilio porque lo denunció a Carabineros y al asistente social del Ministerio Público.

Del análisis de tales testimonios se desprende que la amenaza de muerte proferida por el acusado a la victima J.H. en dependencias del Hospital San Borja Arriarán, en circunstancias que aquella se encontraba visitando a su pequeña hija enferma, reviste caracteres de seriedad, toda vez que tal como lo expresara la Defensa del Imputado, ella tuvo lugar en el marco de un episodio inacabado de violencia intra familiar iniciado en horas de la mañana de ese mismo día que había originado la detención del imputado por las lesiones menos graves causadas a su cónyuge y a su hija mayor, J.B..

Este contexto, unido a otros episodios de maltrato vividos al interior de la familia, provocaron en la víctima el temor de verse expuesta ella y su familia a un mal irreversible, su muerte, lo que la llevó a denunciar los hechos ante Carabineros y a concurrir al Ministerio Público.

En consecuencia, el mal amenazado era posible de acaecer y por lo tanto, verosímil...

Estas circunstancias, hacen creíble que a los ojos de la víctima J.H. resultara viable la amenaza de muerte que su cónyuge le infiriera a ella y a su familia en el Hospital.

La exaltación propia de quien estuvo privado de libertad durante diez horas y se encuentra con su niña enferma y la persona que lo denunció, no exime la amenaza de seriedad como lo estima la Defensa, sino que por el contrario, torna la conducta del imputado impredecible e implica un mayor riesgo para la víctima.

La dinámica familiar disfuncional fue esbozada por la víctima, quien aclarando sus dichos al Tribunal expresó que si bien no vivían en una situación de violencia constante, los días sábados después de jugar a la pelota, él pasaba a tomar y entonces no se sabía cómo iba a llegar. Los problemas eran por celos, por problemas de juventud, ella lo engañó una vez....

En tal sentido, resulta contundente la declaración de la testigo J.B.H., hija del imputado de 19 años de edad, quien señaló que hace un año la situación llegó al límite en su casa, su papá estaba en la cancha jugando fútbol como lo hace habitualmente todos los sábados, ellos estaban en la casa de su abuela, como su papá no contestó y tenía apagado el celular, le pidió a su pololo que las fuera a buscar y las llevara a su casa; al llegar su papá estaba un poco ofuscado porque se habían venido solos, ella se quedó en el primer piso conversando con su pololo cuando sintió gritos, subió a su casa y vio como su padre tomaba un espejo y lo tiraba sobre la cama donde se encontraba su hermano C. acostado con su mamá, ella se abalanzó sobre él, le tiró el pelo y lo lanzó al suelo, ahí quedó la embarrada, entonces su padre le pegó a su madre, desde que tiene uso de razón su padre le pega a su mamá, es un hombre agresivo sobre todo con trago; ella se escapó y fue a la casa de una vecina, llamó a los Carabineros y esperó que llegaran, cuando se percató que salía fuego de su casa, su padre rompió la estufa a parafina y la roció, quemó parte de la pieza, la cama y las frazadas, una muralla. También quebró la cuna de su hermana de cinco meses que ni siquiera había llegado desde el Hospital. Su padre se escapó por la ventana y se escondió en la parte de atrás. Por haberlo denunciado la echó de la casa.

Desde que tiene uso de razón en su casa vuelan platos, vuela comida en la cabeza, ollas, vasos, floreros, lo que tenga su padre en las manos, quien golpeaba a su madre con combos, patadas, cachetadas, en el cuerpo, donde llegara. Su mamá se ha defendido sí, eso no lo puede negar. Él es agresivo, vivió eso en su infancia, su padre y su familia es así, agresiva, lo mismo sus hermanos. La vida familiar no ha sido fácil. Las agresiones las empieza él..."

Considerandos relevantes de la Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago

Considerandos desde el decimoséptimo al vigésimo sexto:

"17°) Que, seguidamente, referente al segundo fundamento de la causal contemplada en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, el defensor la hace consistir en que las amenazas no condicionales por las cuales fue condenado su defendido, carecen de seriedad y verosimilitud, por lo que no se configura el delito previsto en el artículo 296 del Código Penal.

- 18º) Que, para fundamentar lo anterior, a juicio del defensor, el condenado al proferir las expresiones a su cónyuge, lo hizo en un momento de furia por cuanto había pasado las doce horas anteriores detenido precisamente por una denuncia formulada por aquélla en su contra, lo que fue reconocido por dicha persona. Asimismo, dichas expresiones carecen de verosimilitud, lo que se demuestra con la circunstancia que después de proferidas, el condenado ha seguido en contacto con su familia, existiendo un trato familiar; más aun, las supuestas víctimas no desean que sea encarcelado luego del juicio, según lo acredita con las transcripciones pertinentes de la declaración de la hija de aquél, lo que se prueba, además, con lo relacionado en el motivo octavo de la sentencia.
- 19°) Que, sobre el particular, cabe señalar que los jueces orales fijaron como hecho, que resulta inamovible para esta Corte, que el acusado con fecha 15 de agosto de 2006, alrededor de las seis de la tarde, se encontró con su cónyuge en el Hospital San Borja Arriarán donde se encontraba hospitalizada la hija de ambos, procediendo a insultarla, escupirla en su cara y amenazarla de muerte a ella y a sus tres hijos.
- 20°) Que, en primer lugar, cabe precisar que de acuerdo al tipo penal del artículo 296 de nuestro Código Penal, son elementos esenciales del injusto por el cual se formularon cargos, la seriedad de la amenaza y la verosimilitud de la ejecución del mal anunciado.
- 21º) Que, en concepto de Joaquín Francisco Pacheco, la amenaza ha de ser formal, seria, que cause verdadera alarma (cit. por José Luis Guzmán Dálbora, El delito de amenazas, Conosur, 1999, Pág. 266).
- 22°) Que, entre nuestros autores, Eduardo Novoa Monreal apunta que la amenaza debe manifestarse "en forma seria y con apariencias de verosimilitud (Guzmán Dálbora, op. cit., Pág. 270).
- 23º) Que, la doctrina moderna está de acuerdo en que la "verosimilitud de la amenaza significa que el mal cuya realización se asevera o anuncia tenga "apariencia de verdadero y sea digno de crédito para e sujeto conminado.
- 24°) Que, ahora bien, a juicio de estos sentenciadores, la expresión del acusado proferida a su cónyuge al encontrarse en el hospital, la que consistió, según la estableció el tribunal a quo, en "conchetumadre ahora los voy a matar a todos y vai a quedar contenta", no se desprende en modo alguno que la seriedad y verosimilitud requerida por la ley penal, al tenor de lo expuesto en los motivos precedentes, atendido el contexto en que fue formulada y no se determinó que la denunciante hubiere creído y temido como algo real y posible de ocurrir lo dicho por aquél.
- 25°) Que, de esta manera, conforme lo razonado, al haberse determinado que el acusado incurrió en la tipificación del delito de amenazas no condicionales en circunstancias que no concurrían los elementos del tipo penal, ha implicado que en el pronunciamiento de la sentencia aludida se haya incurrido efectivamente por los jueces del fondo en la causal de nulidad en la que se funda el recurso interpuesto—la de

la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal—consistente en la errónea aplicación del derecho con influencia sustancial en lo dispositivo de ese fallo, por cuanto si así se hubiere concluido, se hubiera tenido que absolver al acusado.

26°) Que el artículo 385 del Código Procesal Penal autoriza la nulidad de la sentencia, facultando a la Corte para invalidarla y para dictar, sin nueva audiencia, pero separadamente, la de reemplazo que se conformare a la ley, si la causal de nulidad no se refiriere a formalidades del juicio ni a los hechos y circunstancias que se hubieren dado por probados, sino que se debiere a que el fallo hubiere, entre otros casos, calificado de delito un hecho que la ley no considere tal, como ha ocurrido en el caso sublite.

Por estos fundamentos, las disposiciones legales citadas y visto también lo dispuestos en artículos 352, 372, 373 letra b), 376, 384, 385 y 399 del Código Procesal Penal, se declara que se acoge el recurso de nulidad deducido por el señor Defensor Penal Público en contra de la sentencia de veintitrés de mayo de dos mil siete, la que es nula y se la reemplaza..."

"... Redacción del Ministro señor Valderrama.

Pronunciada por la Octava Sala de esta Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el Ministro señor Raúl Héctor Rocha Pérez, e integrada por el ministro señor Manuel Valderrama Rebolledo y Abogada Integrante señora Paola Alicia Herrera Fuenzalida...".

Rol N°1308 2007.

Ejecutoriad a la presente sentencia, dése cumplimiento a lo dispuesto al artículo 468 del Código Procesal Penal.

Regístrese y dése a conocer a los intervinientes en la audiencia pública fijada para los efectos, sin perjuicio de su notificación por el estado diario, hecho devuélvanse los antecedentes.

Redacción del Ministro Sr. Valderrama.

Pronunciada por la Octava Sala de esta Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el Ministro señor Raúl Héctor Rocha Pérez, e integrada por el ministro señor Manuel Valderrama Rebolledo y Abogada Integrante señora Paola Alicia Herrera Fuenzalida...".

En este pronunciamiento de Corte, a propósito del ofuscamiento que pudo haber sentido el imputado, por haber pasado horas privado de libertad, en espera de la audiencia de control de detención, olvida ponderar la historia de violencia intrafamiliar de que dio cuenta la hija de éste en juicio y que deja en evidencia el carácter agresivo del hechor, la existencia de una relación de poder y control sobre la víctima, respecto de la cual, incluso, con anterioridad, pudo llegar a quemar parte de su vivienda y echarla de la casa por haberlo denun-

ciado. En consecuencia, el razonamiento expresado en la sentencia de la Corte, parece acotado, quizás porque mediante la absolución del imputado se hace cargo del problema socioeconómico al que se verían enfrentadas estas víctimas, en caso de que el acusado se vea expuesto a una pena privativa de libertad.

Esto pone en evidencia dos aspectos:

- La importancia del principio de inmediación del sistema procesal penal, especialmente en casos de esta naturaleza, en los que los tribunales pueden percibir directamente el temor que invade a las víctimas de estos delitos¹². Es la inmediatez con el Tribunal, la que permite, más allá de toda duda razonable, condenar a un sujeto, pero mas importante aún, proteger a una víctima¹³.
- La necesidad de las víctimas de violencia intrafamiliar de contar con políticas de Estado que propicien las condiciones necesarias para fortalecer su autonomía, en caso de que ésta exista, o bien, lograrla, en los casos en que la dependencia del agresor sea absoluta, como sucede en casos tan extremos como el que motivó esta reflexión.

III. Análisis de sentencias de Cortes de Apelaciones en cuanto a la improcedencia de acuerdos reparatorios en el delito de amenazas

El artículo 19 de la Ley N°20.066 dispone, en términos absolutos, que en los procesos por delitos constitutivos de violencia intrafamiliar no tendrá aplicación el artículo 241 del Código Procesal Penal.

Desde el fenómeno de la violencia intrafamiliar, los dos fundamentos que el legislador previó para la improcedencia general de esta salida alternativa fueron los siguientes:

 Falta de consentimiento / Consentimiento viciado. La historia de la Ley N°20.066 no se refiere, sino en lo ya señalado, a los vicios de que pudiere adolecer el consentimiento en los casos de acuerdos reparatorios, refiriéndose a este tema, de manera especial, en lo que respecta a la eliminación del trámite de la conciliación¹⁴.

¹² Sobre este punto, ver lo señalado por YÁÑEZ en "Amenazas ¿Realidad de un mal o exceso de celo de las víctimas?", Revista Jurídica del Ministerio Público, N°41, año 2009, pp. 231-245.

¹³ YÁÑEZ, Ob. cit., pp.231-245.

¹⁴ La Comisión de Familia, al informar en el primer trámite constitucional sobre el proyecto original, estableció que el propósito primordial de la iniciativa consistía en modificar la Ley N°19.325, subsanando entre otras desventajas, la inconveniencia del llamado obligatorio a conciliación, pues habría significado un sinnúmero de avenimientos forzados e ineficaces, lo que revestía mucha gravedad si se tiene presente que entre el 65% y el 70% de los casos terminaban por esta vía, instándose por rechazar la mediación a los casos de violencia intrafamiliar, por no existir equilibrio de poderes entre las partes. Recordemos que en la generalidad de los acuerdos reparatorios, existe mediación en el sentido de acercamiento de posiciones, ya sea por parte del Ministerio Público o de la Defensoría Penal.

• Existencia de interés público prevalente. Durante la discusión de la Ley de Violencia Intrafamiliar, se hizo presente que, como la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, existiría siempre un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal.

Estamos en presencia de delitos de violencia contra los miembros del núcleo fundamental de la sociedad: la familia; en los que el costo social de mayor impacto es la transmisión transgeneracional de la violencia¹⁵, que apunta a cómo se transmite la misma de generación en generación y cómo aquellos niños que han sido víctimas o testigos tienen una mayor probabilidad de repetirla en sus propias familias, ya sea como víctimas o perpetradores¹⁶.

En consecuencia la improcedencia de los acuerdos reparatorios por delitos cometidos al interior de la familia, obedece a las especiales características de estas víctimas, lo que les impide prestar un consentimiento libre e informado, exento de vicios.

No obstante, se registran casos en que la jurisprudencia de Tribunales de Garantía ha aprobado este tipo de término en investigaciones de amenazas en contexto de violencia intrafamiliar, debiendo las Cortes de Apelaciones revertir estas decisiones a solicitud de la Fiscalía.

En este sentido la resolución, de fecha 6 de noviembre de 2007, pronunciada por el Juzgado de Letras y Garantía de Puerto Cisne, en la causa Ruc 0700872466-5, erradamente estimó que las amenazas cometidas por el imputado, conviviente de la víctima con quien tenía una hija en común, no eran constitutivas de delitos de violencia intrafamiliar, porque a su juicio, sólo lo serían el maltrato habitual (artículo 14 de la Ley N°20.066) y el delito de lesiones leves. La Corte de de Apelaciones de Coyhaique en sentencia de 19 de diciembre de 2007, Rol N°109-2007, al acoger el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público, revoca el sobreseimiento definitivo decretado, fundando su decisión en la existencia de un interés público prevalente en la persecución penal de las amenazas investigadas por haberse ejecutado en contexto de violencia intrafamiliar, siendo relevante la interpretación realizada a la expresión "maltrato" del artículo 5 de la Ley N°20.066, en el sentido de comprender en forma amplia "todo maltrato, sin limitaciones de gravedad o referencia legal, que afecte la vida o la integridad física o psíquica".

^{15 &}quot;La transmisión de la violencia de padres a hijos se produce en cuanto éstos observan y aprenden de aquéllos ciertas pautas comunicacionales. El modo comunicacional y el estilo de resolución de conflictos al interior de la familia, serán incorporados en nuestra infancia, según los modelos que observemos entre los adultos significativos. De esta manera, si un niño ha sido espectador de violencia conyugal, integrará pautas violentas y abusivas para resolver conflictos y ya no poseerá en su repertorio conductual primitivo otros modos de conducta. Tendrá que desarrollar en su vida adulta maneras alternativas para superar los problemas conyugales, posiblemente, luego de fracasar en las primeras experiencias" (Oficio FN N°018, de 09 de enero de 2007, p. 7, nota al pie N°8).

¹⁶ BARUDY, citado en MORALES y QUINTEROS, Ob. Cit.

En el mismo sentido se pronunció la Corte de Apelaciones de La Serena, en causa Rol 68-2008, al revocar el fallo del Tribunal A Quo, en sentencia de 10 de marzo de 2008.

Cabe mencionar, que en ambos casos, los tribunales de primera instancia aprobaron los acuerdos reparatorios, pese a su improcedencia y a la gravedad de los hechos, pues en ambos, las amenazas fueron realizadas mediante la utilización armas. En el primer caso, el imputado por un arranque de celos se dirigió al lugar donde se encontraban las víctimas y con un cuchillo las amenazó de muerte; y en el segundo, el ofensor amenaza de muerte a la víctima con una pistola que tenía en su dormitorio.

 Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Coyhaique, de 19 de diciembre de 2007

> Rol Ingreso Corte N°109-2007 Fiscal: Patrício Jory Echeverría RUC N°0700872466-5

"Coyhaique, diecinueve de Diciembre de dos mil siete.

VISTOS, OÍDO Y TENIENDO PRESENTE:

PRIMERO: Que se elevan estos antecedentes RUC 0700872466-5, RIT 247-2007, ROL ingreso Corte 109-2007, provenientes del Juzgado de Letras, Garantía y Familia de Puerto Cisnes, en procedimiento simplificado, seguidos en contra de Rubén Adán Medina Delgado, R.U.N. 8.907.514-9, por el delito de amenazas contra L.C.B.B., en contexto de violencia intrafamiliar, y lesiones leves y amenazas a A.S.U., para conocer del recurso de apelación interpuesto por el Fiscal del Ministerio Público don Patricio Jory Echeverría, en contra de la sentencia dictada con fecha 6 de noviembre de 2007 por el juez titular de ese tribunal don Marcos Antonio Soto Lecaros, que aprobó el acuerdo reparatorio al que llegaron el imputado y las víctimas, consistente en disculpas públicas de aquél a éstas, dadas las cuales y aceptadas por las víctimas, el tribunal sobreseyó total y definitivamente la causa.

SEGUNDO: El Fiscal en su recurso solicita que esta Corte de Apelaciones revoque la sentencia que declaró el sobreseimiento definitivo de la causa y que deje sin efecto el acuerdo reparatorio aprobado por el Tribunal de Garantía, por ser nulo, sólo respecto de la ofendida L.C.B.B., y disponga la continuación de la audiencia de preparación de juicio oral simplificado, referente al delito de amenazas que afectó a dicha víctima.

TERCERO: Que, los hechos por las cuales el Ministerio Público requirió el procedimiento simplificado que originan esta causa ocurren el día 4 de noviembre de 2007, en que el imputado se encontraba compartiendo y tomando alcohol con su conviviente L.B.B., con quien tiene una hija en común, y también con su empleado A.S.U., al interior del inmueble familiar de calle XXX, y como a las 16:55 horas el imputado

por un arranque de celos fue donde se guarda la cuchillería y sacó un cuchillo y volvió donde se encontraban las víctimas a las cuales mostrando el cuchillo las amenazó de que las iba a matar, comenzando un forcejeo con S.U., quien logró arrebatarle el arma y esconderla, resultando golpeado por el imputado, quien le provocó una contusión labial inferior, una herida bucal secundaria y una contusión en su muslo izquierdo cara medial, calificadas de leves. El Ministerio Público imputó a Rubén Adán Medina Delgado la comisión de los delitos de amenazas del artículo 296 N³3 y de lesiones leves del artículo 494 N°5, ambos del Código Penal, en perjuicio de A.S.U., y el delito de amenazas del primer artículo, en contexto de violencia intrafamiliar, en perjuicio de su conviviente L.C.B.B..

CUARTO: El Ministerio Público fundamenta el recurso en los artículos 241, 242, 250 d) y 251 del Código Procesal Penal, por cuanto la resolución recurrida que sobresee total y definitivamente la causa pone fin al procedimiento. Sostiene, en síntesis, tanto en su escrito que contiene el recurso como al alegar en estrados, que en la audiencia de 6 de noviembre de 2007 la víctima L.B.B. y el imputado llegaron a un acuerdo reparatorio consistente en que éste le daría disculpas públicas a su conviviente, que el Tribunal aprobó, pese a la oposición del Fiscal que sostuvo que no procedía hacer lugar al acuerdo reparatorio por tratarse de un delito constitutivo de violencia intrafamiliar, en que existe un interés público prevalente. Que, en la misma audiencia formuló incidente de nulidad contra la resolución que aprobó el acuerdo por vulneración a lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 20.066 de Violencia Intrafamiliar, el que fue rechazado, por estimar el Tribunal que el delito de amenazas no es constitutivo de violencia intrafamiliar y porque no existe perjuicio ni se ha producido indefensión para la víctima porque el Ministerio Público puede recurrir de ella mediante la interposición de recurso de apelación. Que, a continuación en la misma audiencia, el imputado dio las disculpas públicas y acto seguido, con su mérito y atendido lo dispuesto en el artículo 242 del Código Procesal Penal, el Tribunal declaró el sobreseimiento total y definitivo de la presente causa. Agrega el Fiscal que la señora B. y el imputado conviven 25 años, tienen una hija en común, el delito de amenazas de muerte fue perpetrado al interior del inmueble familiar, el móvil lo constituyó un arranque de celos del imputado, circunstancias que a su juicio satisfacen plenamente el concepto de violencia intrafamiliar definido por la Ley, pues se da el vínculo familiar y existe maltrato, ya que el artículo 15 de la Ley 20.066 considera violencia intrafamiliar todo maltrato que afecte la vida o la integridad corporal o psíquica y, conforme al Diccionario de la Real Academia maltratar es tratar mal a alguien de palabra u obra, concepto en el cual se encuentra incluida la acción ejecutada por el agresor.

QUINTO: Agrega el representante del ente investigador que el artículo 5 de la Ley 20.066 comprende todo maltrato cualquiera sea su gravedad y disposición en que se encuentre contenido, que cumpla los requisitos por él exigidos. Que, la interpretación hecha en la resolución recurrida desafía toda lógica y da lugar a situaciones absurdas, pues la ley precitada contempla un detallado sistema de medidas cautelares previas a la formalización, y una estricta prohibición de acuerdos reparatorios para

las infracciones de competencia del Tribunal de Familia, como el maltrato habitual y las lesiones leves. En cambio, de seguir el criterio de la sentencia apelada ello no sería aplicable a otros delitos que afecten a la familia como las lesiones menos graves, graves o gravísimas o como en el presente caso en que el agresor amenazó a la víctima de muerte con un cuchillo, en que un tercero hubo de forcejear con él para arrebatarle el arma. Indica que, este criterio fomentará la impunidad de los agresores al permitir la realización de acuerdos reparatorios entre los imputados y las víctimas retractadas, convirtiendo en letra muerta la Ley 20.066, que sería aplicable en materia delictual, de seguirse el parecer de la sentencia impugnada, solamente a los delitos de maltrato habitual y lesiones leves.

SEXTO: Que, el Tribunal de Garantía, para resolver como lo hizo, razona en el considerando quinto de su sentencia que a su juicio sólo constituyen delitos de violencia intrafamiliar los tipificados en el artículo 14 de la Ley 20.066, que son los delitos de maltrato habitual y los de lesiones leves, en contexto de violencia intrafamiliar, del artículo 494 N°5 última parte, en relación con el artículo 399, ambos del Código Penal, por lo que concluye que las amenazas no constituyen delito de violencia intrafamiliar y, en consecuencia, infiere, que resulta procedente la aplicación de los acuerdos reparatorios. El Defensor Público, sostiene en síntesis, por el imputado, que debe aprobarse el acuerdo reparatorio y confirmarse el sobreseimiento de la causa porque el delito de amenazas está contenido en la legislación común del artículo 296 del Código Penal y se desarrolló en un contexto que no dice relación con la prohibición del artículo19 de la Ley 20.066, y porque los acuerdos reparatorios están prohibidos solo a los delitos que contempla la propia ley de violencia intrafamiliar, agregando que debió apelarse del acuerdo reparatorio y no del sobreseimiento.

SÉPTIMO: Que, para resolver el recurso es necesario tener presente las disposiciones legales especiales aplicables a la materia en discusión. En primer lugar, que el artículo 5° de la Ley 20.066 establece que será constitutivo de violencia intrafamiliar todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quien tenga la calidad, entre otras, de actual conviviente del ofensor, o cuando el maltrato ocurra entre los padres de un hijo en común. En cuanto al tipo de maltrato, la norma es amplia, incluye todo maltrato, sin limitaciones de gravedad o referencia legal, que afecte la vida o la integridad física o psíquica. En el caso de autos la amenaza de muerte con cuchillo naturalmente afecta la integridad psíquica de la ofendida y también se dan los tipos de relación entre ofensor y víctima que exige la disposición citada, pues éstos son convivientes y tienen un hijo en común. Por aplicación de esta norma estos sentenciadores califican las amenazas de muerte, con cuchillo, proferidas por Rubén Adán Medina Delgado, a su conviviente y madre de su hijo, L.C.B.B., en el interior del hogar común, como un delito constitutivo de violencia intrafamiliar.

OCTAVO: Que, en segundo lugar, el artículo 19 de la Ley 20.066 dispone expresamente la improcedencia de acuerdos reparatorios en los procesos por delitos constitutivos de violencia intrafamiliar, en los que no tiene aplicación el artículo 241

del Código Procesal Penal. En consecuencia, y como lo señala en forma imperativa el inciso tercero de esta última disposición, el juez de oficio o a petición del Ministerio Público, negará la aprobación a los acuerdos reparatorios convenidos en procedimientos que versaren sobre hechos diversos de los autorizados en el inciso primero. Que al no resolverlo así el juez de la causa falló contra texto expreso, incurriendo en un vicio de ilegalidad que es necesario corregir acogiendo la apelación deducida contra la sentencia que sobreseyó definitivamente la causa basándose en un acuerdo reparatorio improcedente.

NOVENO: Que, en lo que dice relación con la procedencia del recurso de apelación invocado, conforme a lo dispuesto en el artículo 370 del Código Procesal Penal las resoluciones dictadas por el Juez de Garantía son apelables, entre otros casos, cuando ponen término al procedimiento, como acontece en el caso de autos con la recurrida que declara el sobreseimiento total y definitivo de la causa.

DÉCIMO: Que, de la manera antes relacionada, este Tribunal de Alzada concluye que corresponde acoger la apelación formulada por el Fiscal del Ministerio Público, de fojas 4 a 17 de estos antecedentes.

Y TENIENDO ADEMÁS PRESENTE Y TENIENDO ADEMÁS PRE-SENTE lo dispuesto en los artículos 241 inciso tercero, 252 a 361 y 365 a 371 del Código Procesal Penal, SE REVOCA la resolución de fecha 6 de noviembre de 2007, escrita a fojas 1 a 3, por la cual se aprobó el acuerdo reparatorio celebrado entre el imputado Rubén Adán Medina Delgado y la víctima L.C.B.B. y, consecuencialmente, se revoca el sobreseimiento definitivo dictado en la misma ocasión en estos antecedentes respecto a la citada víctima, con expresa declaración que existe un interés público prevalente en le persecución del ilícito penal de amenazas investigado en esta causa a su respecto, por haberse ejecutado éstas en contexto de violencia intrafamiliar, debiendo procederse a continuar el procedimiento solamente respecto de este delito, conforme a la normativa general aplicable.

Registrese, notifiquese y devuélvanse.

Redacción del Primer Abogado Integrante don Lorgio Oñate Herrera.

Rol Corte 109-2007.

PRONUNCIADA POR EL SEÑOR PRESIDENTE SUBROGANTE DON PEDRO LEÑAM LICANCURA, LA SEÑORA MINISTRO TITULAR DOÑA ALICIA ARANEDA ESPINOZA Y EL PRIMER ABOGADO INTEGRANTE DON LORGIO OÑATE HERRERA. NO FIRMA EL SEÑOR PRESIDENTE SUBROGANTE DON PEDRO LEÑAM LICANCURA, NO OBSTANTE HABER CONCURRIDO A LA VISTA Y ACUERDO DEL FALLO, POR ENCONTRARSE AUSENTE. AUTORIZA DONEDMUNDO ARTURO RAMIREZ ALVAREZ, SECRETARIO TITULAR.".

2. Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena, de 1° de abril de 2008

Rol Ingreso Corte N°68-2008 Fiscal: Rodrigo Céspedes Illanes RUC N°0710027546-K

"La Serena, a primero de abril de dos mi ocho.

VISTOS YTENIENDO PRESENTE:

- 1°) Que todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor, debe ser considerado como constitutivo de violencia intrafamiliar, según lo señala expresamente el artículo 5° de la Ley 20.066.
- 2°) Que, de otra parte, al tenor de lo preceptuado en el artículo 19 de la citada ley, en los procesos por delitos constitutivos de violencia intrafamiliar, no puede tener aplicación la institución de los acuerdos reparatorios a que se refieren los artículos 241 y siguientes del Código Procesal Penal.
- 3) Que, conforme a los antecedentes que obran en la carpeta digital, en concordancia con lo que se ha expuesto en estrados en torno a los hechos contenidos en la formalización efectuada por el Ministerio Público en contra de Antonio Moraga Manríquez, por el delito de amenazas no condicionales cometido en un contexto de violencia intrafamiliar (y también por el ilícito de tenencia ilegal de arma de fuego), para esta Corte, contrariamente a lo señalado en la resolución impugnada, la amenaza del ofensor de darle muerte con la pistola que tenía en el dormitorio, es un acto de carácter relevante que constituye un maltrato que debió afectar, naturalmente, la integridad psíquica de la cónyuge ofendida, quien, por lo demás, denunció los hechos. Así las cosas, tal amenaza, por ahora, debe ser considerada como proferida en un contexto de violencia intrafamiliar, de lo que sigue, entonces, que no puede resultar procedente la aprobación del acuerdo reparatorio en estudio, por impedirlo el ya citado artículo 19 de la ley 20.066, disposición prohibitiva que está prevista no sólo para el concreto ilícito del maltrato habitual, sino respecto de cualquier delito que, independientemente de la descripción del tipo penal, aparezca ejecutado dentro del contexto del amplio concepto legal de "violencia intrafamiliar."

Por estos motivos, disposiciones legales citadas y lo dispuesto en los artículos 352, 358 y 370 del Código Procesal Penal, **se revoca** la resolución apelada dictada en audiencia celebrada el diez de marzo pasado, que aprobó el acuerdo reparatorio en la presente causa seguida por el delito de amenazas no condicionales cometida en un contexto de violencia intrafamiliar, y EN SU LUGAR SE DECIDE, que no se hace lugar a la aprobación del Acuerdo Reparatorio propuesto.

Registrese y devuélvase virtualmente.

Redacción del ministro señor Shertzer.

Rol N°68-2008.-"

IV. Conclusiones

De la revisión de la jurisprudencia analizada, es posible concluir lo siguiente:

- En las amenazas cometidas al interior de la familia, es necesario que fiscales y jueces analicen la concurrencia o no de los requisitos de seriedad y verosimilitud, efectuando una ponderación especial de los mismos, atendiendo la relación existente entre el imputado y su víctima, especialmente, si se considera que para el propio legislador, dicha relación resulta relevante a la hora de determinar la aplicación del estatuto de violencia intrafamiliar a un caso en particular (Ley N°20.066).
- La percepción de la víctima de la posibilidad de que ocurran los hechos con que se le amenaza, debe ser ponderada, sin perder de vista, el contexto que hace verosímil la consumación (contexto VIF), lo que tiene que ver con las circunstancias que preceden y/o rodean los hechos.
- Teniendo presente las conclusiones previas, resulta clave, a la hora de investigar, contar con la declaración de la o las víctimas, testigos presenciales o de oídas, que den cuenta del hecho que se investiga y/o del historial de violencia.
- Es fundamental tener en consideración que los medios de comisión de este delito, pueden ser diversos: verbal, en forma directa o telefónica y con arma blanca o de fuego, entre otros. Al respecto, las sentencias sobre amenazas telefónicas se ajustan a la realidad de estos tiempos, por lo que no debemos excluir la posibilidad de condenas por amenazas cometidas a través de otros medios de comunicación como cartas y plataformas informáticas (correos electrónicos y redes sociales).
- La Corte razona sobre la seriedad de la amenaza, sin exigir que se concrete el mal constitutivo de la misma. Lo cual es concordante con la descripción típica del delito, que no requiere la consumación del mal anunciado, especialmente, si se considera que es propio de la amenaza cierto grado de incertidumbre de consumación, toda vez, que lo que importa para la tipicidad de la conducta del agente, son las características que las rodean, y si éstas revelan o no un propósito de llevarla a cabo.
- Además, acertada ha sido la jurisprudencia de los Tribunales de Alzada que ratifican lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley N°20.066.
- Hemos constatado que la jurisprudencia de los tribunales superiores establece que la esencia de este delito está en la coacción ejercida sobre la víctima, la que constituye una limitación de su libertad y seguridad.

FALLO CONDENATORIO EN JUICIO SIMPLIFICADO CONTRADICTORIO, CON VÍCTIMA DE VIF RETRACTADA

Álvaro Sanhueza Tasso¹

Antecedentes generales

El presente comentario versa sobre una causa seguida por lesiones leves en contexto de violencia intrafamiliar (VIF), terminada mediante sentencia definitiva condenatoria obtenida en un juicio simplificado contradictorio, ante la falta de aceptación de responsabilidad del requerido, quien presentaba reincidencia específica, por lo que arriesgaba una pena efectiva. Dicho juicio fue llevado adelante sin contar con la versión de la víctima en juicio.

Sobre la retractación

La retractación es un fenómeno poco estudiado. Para efectos de este artículo se comprenderá desde un sentido amplio, es decir, como la modificación de los dichos de la víctima, negando la versión original de los hechos durante el transcurso de la investigación penal, y como el desistimiento o retiro de la denuncia a través de la no concurrencia a citaciones, diligencias, audiencias y otras comparecencias del proceso penal². En este sentido, un aspecto relevante a considerar es que a partir de la denuncia de hechos que constituyen un delito contemplado en el marco de la Ley N°20.066, sobre violencia intrafamiliar, el conflicto de pareja privado se transforma automáticamente en un conflicto penal público, quedando la denunciante subordinada a deberes y derechos consagrados en el código procesal y configurándose para todos los efectos legales en una "víctima".

Por lo anterior, la retractación se produce cuando la mujer comienza a interactuar con los actores del sistema penal (policías, fiscal, defensor o juez) y con personas de su entorno familiar (incluido el imputado, y otros familiares significativos). Cada uno asumiendo diferentes roles asignados y funciones, según sus intereses o comprensiones de la violencia. En particular, durante el proceso penal, Fiscalía y Defensoría se confrontarán a través de argumentos que buscan impugnar las interpretaciones que cada uno ha hecho sobre los hechos investigados.

¹ Fiscal Adjunto de Chile Chico, Región de Aysén, Fiscalía Regional de Aysén, Ministerio Público.

² Rodríguez, Roberto. Violencia de pareja y retractación de la denuncia: una propuesta de comprensión y análisis desde el paradigma sistémico. Revista Jurídica del Ministerio Público N°36, octubre de 2008.

Si bien no todas las víctimas de violencia de pareja se retractan, cuando la afectada por el delito manifiesta su retracto durante la investigación, modificando su denuncia original o renunciando a participar del proceso penal, provoca una tensión entre los operadores del sistema punitivo acerca de la interpretación correcta de los hechos originalmente denunciados. En particular, la Fiscalía se verá exigida a sustentar la evidencia que confirme la denuncia para favorecer la protección de la víctima y la persecución penal, pese a la negativa de ésta, generando un conflicto de interés entre sus pretensiones de abandonar la causa y los objetivos investigativos y proteccionales del Ministerio Público³.

El caso

El presente caso de violencia intrafamiliar con retractación de la víctima presentó un riesgo alto debido a que el imputado ya había sido condenado dos veces por lesiones menos graves en contexto de violencia intrafamiliar ejercidas en contra de una ex pareja distinta de la víctima actual. Una de las causas anteriores también fue por lesiones cervicales, lo cual denota un patrón de conducta en sus actos de violencia hacia sus parejas.

En Chile Chico, así como en otras comunas de poca población del país, se torna aún mas necesario marcar la diferencia entre una salida facultativa y una salida judicial en casos de violencia de pareja donde se marca la presencia del ciclo de violencia, especialmente la etapa de arrepentimiento y luna de miel⁴ (Walker, 1984). La diferencia no es sólo estadística: una salida judicial es un término de calidad que si bien no garantiza el término del conflicto base en la pareja, aumenta significativamente las posibilidades de éxito en la construcción de paz social en la familia, objetivo último que se persigue en esta fronteriza unidad de la Fiscalía de Chile.

Respecto del caso, se atendió a la víctima en la fiscalía estando previamente protegida por medidas cautelares obtenidas telefónicamente al momento de la detención en flagrancia, y se dio la orden de investigar para poder recopilar las evidencias, antes de la aparición de la habitual retractación.

A pesar de que la víctima decidió trasladarse como medida de autoprotección a Puerto Aysén, su ciudad de origen, por el temor hacia el imputado y su negativa a retomar la relación, pese a la insistencia del imputado, se retractó a los pocos días de la denuncia. En particular, se hizo pública esta disposición entregando una declaración jurada ante notario, que en síntesis era un desistimiento de todas las acciones penales y civiles contra el imputado, asumiendo que esta forma no era legalmente válida para terminar con su denuncia. Tam-

³ Taladriz M., San Martín M. y Rodríguez R. La retractación en violencia intrafamiliar y su incidencia en el sistema penal. Revista Jurídica del Ministerio Público N°39, junio de 2009.

⁴ Walker, L. (1984). "The Battered woman". Tomado de ILANUD, 1987, Caminando hacia la igualdad real, Manual de módulos, UNIFEM, Costa Rica.

bién se hizo llegar al Tribunal, mediante un escrito a la carpeta judicial, texto en idénticos términos, donde se pedía que se terminara el proceso en contra del imputado. Cabe señalar que no es habitual tanta formalidad en una retractación, ya que éstas se hacen públicas generalmente en una entrevista con el fiscal a los pocos días de iniciado el proceso.

Como el imputado tenía reincidencia específica, se pidió el máximo de la pena y en la audiencia se le ofreció el mínimo, es decir, 301 días más la accesoria de prohibición de acercarse a la víctima por un año. Ello aún le permitía acceder a la reclusión nocturna; sin embargo, no aceptó su responsabilidad y hubo que sopesar la posibilidad de irse a juicio.

La Unidad de Atención a Víctimas y Testigos (Uravit) contactó a la víctima en el domicilio que había dejado, y al cual ya se le estaba tratando de notificar por el Tribunal, y reconoció haber sido presionada por teléfono por el imputado y su cuñada, para confeccionar los documentos remitidos al Tribunal, y si bien en un primer momento aceptó concurrir a decir la verdad, finalmente se tornó inubicable por cualquier medio. Siendo su notificación como testigo también negativa, pues se dijo que "no vivía ahí y no era conocida".

El juicio se hizo con la versión de oídas de los Carabineros del procedimiento, las fotografías de dos lesiones y el comprobante de atención de urgencia, dado que el médico que hizo el documento era el Director del Hospital, se excusó de asistir llamando a la Fiscalía alegando no recordar nada y que tenía una reunión del servicio el lunes del juicio en Coyhaique, lo que le permitía pasar el fin de semana en esa ciudad. También me señaló que el caso no era importante, pues sólo eran lesiones leves.

Los que tienen la ventaja de tener un Tribunal unipersonal, saben lo bueno de que los jueces vean también audiencias de familia, pues entienden que el fenómeno del ciclo de la VIF y la retractación son algo que se ve todos los días y no sólo en los tratados de sicología, lo cual indudablemente fue una fortaleza.

Afortunadamente, las contradicciones del imputado y las especulaciones de la versión alternativa de la defensa, no pudieron desestimar nuestra teoría del caso, pues la versión de oídas de la víctima era concordante con las lesiones que se vieron y los tiempos entre la denuncia y la detención. El Tribunal señaló que no era necesario que la víctima declarara, atendido el fenómeno sicológico de la retractación, y si las pruebas aportadas para reconstruir los hechos eran todas concordantes entre sí, nada obsta entonces a que se pueda obtener convicción de condena.

Fue así que se consiguió una condena de 301 días efectiva. Muy conveniente, desde el punto de vista del costo de oportunidad. En efecto, una de las recomendaciones de la monografía "Crime and punishment" de la escuela del aná-

⁵ Becker Gary S., "Crime and punishment: An economic approach", publicado en The Journal of political economy N°76 de la Universidad de Columbia, 1968, pp. 169 a 217.

lisis económico del derecho, es que se debe aumentar significativamente el costo de cometer delitos. Llevado esto al campo procesal, implica obviamente que si el imputado hubiese aceptado su responsabilidad, muy probablemente y como suele ocurrir, hubiese sacado 301 días de reclusión nocturna; pero al haber recibido pena efectiva, se marca la diferencia entre correr el riesgo de ir a juicio contra una certeza de pena mas benigna.

Si no se dieran estas diferencias, la defensoría tendría todos los incentivos para llevar a juicio todos los casos que tiene, ya que no se pierde nada, o más bien, no hay diferencia entre lo que se ofrece y lo que se obtendría, con el incentivo de tener la posibilidad de llegar a una absolución, a veces, por problemas de prueba. Y sabemos que de acuerdo a la historia del Código Procesal Penal, el sistema está diseñado para que no más del 8% de los casos lleguen a juicio oral efectivo.

Enhorabuena, se despachó la carta que remitía la sentencia definitiva a la víctima, al domicilio donde dijeron que no vivía ni era conocida, pero que ella dio y donde la Uravit la ubicó. La defensa no recurrió y el ahora condenado, ya está pasando el invierno en el C.D.P. de Chile Chico.

Sentencia:

Chile Chico, veintiséis de junio de dos mil diez.-

<u>VISTOS, OÍDOS Y TENIENDO</u> PRESENTE:

Que con fecha veintidós de junio del año en curso se dio inicio a audiencia ante este Juzgado de Letras y Garantía de Chile Chico, dirigida por la Jueza Mónica Coloma Pulgar, en causa RIT N°1.467-2010, RUC 1000211903-5, seguida en este Tribunal por el delito de lesiones menos graves en contexto de violencia intrafamiliar, en contra del requerido E.J.E.J., R.U.N. N°XXX, obrero, domiciliado en calle XXX de Chile Chico, en la cual el Tribunal expuso los hechos del requerimiento efectuado por el Ministerio

Público, a través del Fiscal Adjunto de esta ciudad don Álvaro Sanhueza Tasso, domiciliado en calle Bernardo O'Higgins N°202. La defensa estuvo a cargo del abogado Defensor Penal Público don Alejandro Preminger Hamerschlag con domicilio en calle Pedro Antonio González N°119, de esta ciudad.

Que los hechos en que se funda el requerimiento del Ministerio Público consisten en que el día 06 de marzo de 2010, siendo aproximadamente las 23:30 horas, el requerido E.J.E.J., C.N.I. N°XXX se encontraba en el interior del domicilio ubicado en calle XXX de Chile Chico, lugar que compartía con su conviviente, doña R.A.B.V., víctima en esta causa. El requerido procedió a golpear a la víctima, lanzándola al suelo en donde

^{6 &}quot;Reforma Procesal Penal" Génesis, Historia Sistematizada y Concordancias, Tomo II, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Editorial Jurídica de Chile, primera edición, p. 284.

comenzó a apretarle el cuello con ambas manos. Posteriormente el requerido tiró a la víctima en contra de la cocina, donde la víctima se golpea sus rodillas. Al lograr zafarse del requerido y al salir del domicilio y huir, la víctima fue empujada por el requerido por la espalda. Producto de lo anterior la víctima resultó con varias contusiones cervicales; contusión rodilla derecha y contusión sacra, lesiones calificadas clínicamente de carácter leve.

Que a juicio del Ministerio Público los hechos reseñados satisfacen la descripción típica del artículo 399 en relación al artículo 494 N°5 del Código Penal y 5 de la ley 20.066, correspondiente al delito de lesiones menos graves en contexto de violencia intrafamiliar, correspondiéndole al acusado participación en los hechos en calidad de autor directo del hecho y en grado de consumado el ilícito, solicitando en definitiva la pena de 540 días de presidio menor en su grado mínimo, la medida contenida en el artículo 9 letra a) de la ley 20.066, consistente en la prohibición del requerido de acercarse a la víctima, por un lapso de un año, además, en atención a que no concurren circunstancias atenuantes de responsabilidad penal, y concurre la agravante de responsabilidad penal contenida en el artículo 12 N°16 del Código Penal.

Que el Ministerio Público en su alegato de apertura señaló que acreditará las lesiones de la víctima con el certificado de lesiones, y con la versión que la víctima dio a los diferentes Carabineros, que mantenía una relación de convivencia al momento de ocurrir estos hechos, con el requerido, quien también declaró ante Carabineros reconociendo esa relación de convivencia. Por otra parte el requerido a lo menos reconoció que sacó a la víctima contra su voluntad de la casa, para lo cual la tomó de los brazos, y que con posterioridad al hecho de que quedara en libertad le envió un mensaje de texto a la víctima a su teléfono celular, según se lo señaló a Carabineros. Reconoce además el imputado que hubo una discusión al interior del domicilio. Con la declaración del testigo Guillermo Torres se acreditará que cuando se presentó a la unidad la víctima, la llevaron a constatar lesiones, que son las que constan en el documento que se presenta, y cual fue la versión que dio la victima dentro de su nerviosismo, y la autorización que entregó para ingresar a su domicilio, lo que permitió la detención del imputado. Con el testimonio de doña María Zepeda Palma se acreditará cual era la dinámica de violencia intrafamiliar que se vivía en la casa, que habían ocurrido con anterioridad y no las había denunciado. Con la declaración del cabo Knöpke declarará respecto de la primera versión que le dio la víctima dentro de su nerviosismo. El Sargento Venegas relatará de manera mas pormenorizada respecto de cómo ocurrieron los hechos, así como la forma en que rescató el mensaje de texto que la víctima le facilitó. Señala además que al requerido le perjudica una agravante cual es la de reincidencia especifica.

En la clausura expresó que se acreditó con un certificado de lesiones que la víctima presentaba tres lesiones. Hay un relato que se lo entregó

la víctima al cabo Knöpke, en alguna forma al Sargento Torres, a la pasada a doña María Zepeda y en forma mas de tallada a don Pedro Venegas, y todo ese relato es totalmente compatible con lo que se ha señalado, esto es, aproximadamente a las 23:40 horas ella se presenta a la comisaría, a las 23:45 horas se le constatan las lesiones las cuales son compatibles con el relato que ella dio respecto a como fue agredida, que se le había comprimido el cuello, que se estaba ahogando, quedaron marcas horizontales, como dijeron los testigos, que no se podrían haber producido de forma autoinferidas, porque aquellas quedan en forma oblicua o vertical, pero no horizontal, no son producto de un rasguño como lo señaló el imputado, quien dijo que la víctima se había rasguñado el pecho, en el cual no tenía ninguna lesión según se pudo ver en la constatación de lesiones. Tampoco tenía ninguna lesión en los brazos que es el lugar en que el imputado dice que ejerció algo que no fue "fuerza fuerza" como el señala, pero que ejerciendo algo la tomo de los brazos y la condujo a la salida. Señala la víctima que producto de los empujones y la resistencia que seguramente ella opuso para poder salir, el imputado la pasó a llevar contra la cocina ocasión en la que ella se lesionó una rodilla, que es lo que se constató en ese lugar y que arrastrándola por el suelo la sacó fuera de la casa, se golpeó la cola, y eso es totalmente compatible con lo que dice el certificado de lesiones, que dice que tiene una contusión sacra, en el hueso sacro. Por otra parte, las erosiones cervicales son del cuello.

Así de acuerdo con lo que señaló el imputado mas menos media hora después de que la víctima se fue llegó Carabineros a detenerlo, y según lo dijo el Sargento Torres, la detención ocurrió a las 00:18 horas, así a las 00:15 horas lograron ingresar a la casa, por lo tanto, media hora hacia atrás nos da las 23:45 horas, hora en la que se le constataron lesiones a la víctima y poquito antes fue cuando ella llegó 23:40 horas. Entonces, todo lo que dijo Carabineros es total y completamente compatible con como se provocaron estas lesiones. Y está acreditada la convivencia en razón que ella dijo que llevaban una convivencia de 9 meses, y con lo que reconoció el imputado, que fueron convivientes.

Está también acreditado de acuerdo con lo que dijo la víctima al Sargento Venegas, que a las 11:45 horas según se veía en las imágenes del teléfono, recibió el día 7 de marzo un mensaje, respecto del cual ella misma señaló que lo había enviado el imputado, en el cual el reconocía que producto de lo que había pasado el tendría que cumplir una pena de cárcel de tres años. El imputado también le reconoció al Sargento Venegas que después de que él salió de la comisaría cuando estaba detenido, también le mandó un mensaje, lo cual es totalmente concordante con toda la prueba que hay. Las lesiones que se pudieron observar son 11 horas después de ocurridos los hechos, manchas levemente violáceo y amarillo de la rodilla y también algo de huellas de compresión en el cuello, las que claramente no son las que vieron los carabineros 11 horas atrás,

por cuanto estas lesiones tienden a irse recuperando, porque son lesiones leves, pero la ley dice que se sancionan como lesiones menos graves en violencia intrafamiliar.

También se ha acreditado que hay una agravante de reincidencia especifica, con el extracto de filiación y sentencias en las que se condena al imputado en dos ocasiones por lesiones menos graves en VIF inferidas a otra conviviente que tuvo, lo que es compatible con el perfil que señaló doña María Zepeda, de agresivo pasivo, que le gusta agredir a las personas cuando no se pueden defender.

Por último señala que las máximas de la experiencia indican claramente que en el tema de violencia intrafamiliar, es común que haya retractación y las víctimas opten por no participar. En lo concreto hay una víctima que tiene lesiones que son bastante coetáneas al momento en que la persona se presentó y se le constataron lesiones, según el mismo testimonio del imputado, la víctima estaba en un estado de shock, señaló un relato que es totalmente compatible con como se provocaron esas lesiones, por otra parte el relato del imputado se cae, desde que la victima no presenta ninguna de las lesiones que él señaló, y claramente estaba en su casa antes de las 12:00 de la noche, en atención a los señalado por los testigos presentados por la defensa, uno de los cuales señaló que se fue a las 22:30 horas poquito antes de que terminara la teletón, y la señora dijo que no estaba viendo la teletón, pero que el imputado se fue antes de las 11:00 de la noche, así el imputado llegó antes de las 11:00 de la noche a su casa y los hechos ocurrieron a las 23.30 horas.

Por todo lo expuesto solicita condena para el imputado y que se le imponga el máximo de la pena por existir una reincidencia específica, sería la tercera vez que el imputado golpea a una mujer, la cual quedó bastante afectada por lo cual se fue de esta localidad, ella misma señaló que no era la primera vez que la agredía, pero no lo había denunciado antes, razón por la cual la extensión del mal causado permite aplicar el máximo de las pena principal y accesorias.

Replicando Señala que las lesiones se produjeron a las 11:30 de la noche y las fotografías se obtuvieron a las 10:30 de la mañana siguiente, por lo tanto las lesiones no se aprecian bien, además por el flash de la cámara fotográfica, pero las lesiones constan en el comprobante de atención de urgencia. Por otra parte los testigos de la defensa no vieron ningún ataque de celos de la víctima. El requerido ha utilizado el mismo modus operandi con sus otras víctimas según dan cuenta, las sentencias incorporadas.

Que la defensa en su alegato de apertura solicitó la absolución del requerido por cuanto si bien el Fiscal podrá acreditar que la víctima sufrió lesiones, no logrará acreditar que dichas lesiones fueron causadas por su representado. El Fiscal pretenderá reconstruir la declaración de la víctima a través de declaraciones de Carabineros que son testimonios de oídas, la víctima no comparecerá en el juicio. El Fiscal pretenderá probar que las lesiones que constan en el certificado de lesiones fueron causa-

das por su representado a la víctima, a través de testimonios de oídas, por cuanto se tendrá que absolver a su representado. Se habla de un mensaje de texto para acreditar que el requerido es el autor de las lesiones de la víctima, que no prueba que su representado golpeó a la víctima. Agrega que el requerimiento es débil, porque el requerimiento señala que su representado habría apretado a la víctima en el cuello, lesiones que no están comprendidas en el comprobante de atención de urgencia. El requerimiento señala que se golpeo en las rodillas y el documento señala que tiene contusión en rodilla derecha, finalmente señala el requerimiento que la víctima fue empujada por el requerido en la espalda y ese empujón dio lugar a varias contusiones cervicales, y eso no puede suceder. Lo mas importante de todo, la defensa presentará dos testigos que señalarán que el día seis de marzo de 2010, cuando el requerimiento señala que aproximadamente a las 11:30 horas de la noche, su representado habría golpeado a la víctima, estos testigos señalarán que esa noche su representado estaba viendo la Teletón en la casa de ellos, y la Teletón terminó con posterioridad a las 11:30 de la noche, razón por la cual es imposible que su representado haya golpeado a la víctima el día 06 de marzo, porque estaba con su hermano y con su cuñada, viendo la Teletón en la casa de ellos.

En su alegato de clausura señala que la convicción de condena se debe adquirir en base a altos standards probatorios del Fiscal en el juicio, y en cuanto a ello el Fiscal habla de unas lesiones que se le habrían causado a la víctima, y en las fotografías presentadas no se advierte absolutamente ninguna lesión, sólo se vio una sombra en una parte del cuello, eran sólo sombras, no se veían los dedos marcados. En cuanto al comprobante de atención de urgencia, este dice contusiones cervicales, zona que se encuentra constituida por la parte delantera y trasera del cuello, pero el comprobante no señala que zona se encuentran las contusiones, tampoco señala la dirección de las lesiones cervicales, tampoco señala que tengan su origen en presión de dedos, incluso el informe habla de contusiones, y los policías siempre hablaron de presión de dedos, el testigo Venegas, va mas allá y habla de erosiones, ello porque el Fiscal no trajo al médico a declarar, la convicción del Tribunal tiene que estar dada por altos standards probatorios, el Fiscal trajo un documento para acreditar las lesiones, unas fotografías donde no se acreditaba ninguna lesión, trajo a un Carabinero a declarar sobre las lesiones y no al médico que suscribió el comprobante de atención de urgencia, en conclusión no se logró acreditar mas allá de toda duda razonable de que se hubiesen causado lesiones. En cuanto al sitio del suceso, no se presento croquis no se levantó planimetricamente el sitio del suceso, como para compatibilizar lo que habría declarado la víctima con el sitio del suceso. Además la víctima no declaró en el juicio, sólo hay testimonios de oídas. Los dichos de los Carabineros no se pudieron acreditar, porque nada se aprecia en las fotografías, así es estándar de prueba ha sido muy bajo como para condenar a una persona. En cuanto a la participación culpable, y el mensaje de texto, no se estableció de que teléfono venía el mensaje de texto, y en caso de haber provenido del teléfono de su representado, no es autoincriminatorio. En cuanto a las declaraciones de los testigos presentados por la defensa, estos señalaron que todo partió a raíz de los celos de la presunta víctima, y que su representado salió de su casa entre 10:30 y 11:00 horas de la noche y los hechos habrían ocurrido a las 11:30 de la noche, y los hechos denunciados habrían sido precedidas de un dialogo previo, y es muy difícil que todo eso haya pasado en una hora o en media hora, lo cual acredita que las cosas no pasaron del modo que relata la víctima.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que los intervinientes no acordaron convenciones probatorias, a fin de dar por acreditado algún hecho.

SEGUNDO: Que el requerido E.J.E.J. prestó declaración en la audiencia de juicio, señaló "que el 28 de febrero empezó el problema en un baile que hubo en el club de rodeo, y una niña se acercó a conversar con mi hermano y ella se puso celosa, porque pensó que mi hermano me estaba haciendo una movida con ella. Agarré y me vine tipo 01:30; 2:00 de la mañana. Salí del club de rodeo y me vine a mi casa para no tener problemas. Durante la semana no nos vimos, porque ella se levantaba, no se donde salía, y salía y llegaba en la noche a dormir, y el día sábado no salió a ningún lado, se quedó en

la casa para empezarme a molestar, buscándome pelea y yo no le hacía caso, no quería tener problemas. Salí de mi casa al rededor de las 10:00 de la mañana a dar unas vueltas por el centro para no tener problemas, llego como a las 12:00 a mi casa a hacer almuerzo y ella estaba ahí y empieza a molestarme nuevamente. Volví a salir, para no tener problemas, fui a la casa de mi hermano, llegué a la casa después que terminó la Teletón, la hora exacta no la tengo, de ahí empieza a molestarme nuevamente, y de ahí me empieza a decir unas palabras, y de ahí agarro yo y la, me levanto al baño y ella empieza a atajar y empujarme, y ahí reconozco que la tomo de los brazos y la saco hacia fuera de la puerta y ahí la dejo afuera de la puerta, ahí ella sale y va a buscar a Carabineros, pero en ningún momento la agarré ni la tiré contra la estufa, ni la agarré del cuello como ella dice". Interrogado por el Fiscal señala que reconoce haber enviado un mensaje, pero no recuerda cuando. Señala que cuando tomo de los brazos a R.B. no le costó sacarla, y no se acuerda a que hora ocurrió, después se acostó a dormir y llegó carabineros a buscarme, después de una media hora. Interrogado por el abogado defensor señala, que los celos de la víctima ya se habían manifestado en una ocasión. Cuando ella le buscó pelea le decía que el tenía otra, que le diga si la quería si no la quería, y él no le contestaba para no tener problemas, la actitud de ella era normal. Agrega que el día de los hechos se fue a la casa de su hermano y se quedó hasta que terminó la Teletón, la que terminó entre las 11:30 y 12:00, después se fue a su casa y se acostó y después llegó ella a

buscarme "boche", le decía "estas con otra, yo igual te he cagado maricón de mierda en tu misma casa y ahora voy a salir a gagarte", ella andaba con una mochilita en las espalda y comenzó a tratarlo de gorreado, él no le hizo caso y ella comenzó a tocarse o rasguñarse el pecho y cuando él se levantó al baño ella lo atajo en la puerta del dormitorio y él la tomó de los brazos y la sacó, y ella le dijo "cagaste maricón de mierda"

TERCERO: Que el Ministerio Público rindió las siguientes pruebas:

- 1.- Comprobante de atención de urgencia N°040051 correspondiente a doña R.B.V., de fecha 06 de marzo de 2010 a las 23:45 horas, el cual da cuenta de las siguientes lesiones: varias contusiones cervicales, contusión rodilla derecha y contusión sacra.
- 2.- Extracto de filiación y antecedentes del requerido E.J.E.J.
- 3.- Set de cinco fotografías correspondientes al celular que contiene mensaje de texto, de propiedad de la víctima, y dos de las cuales corresponden a un celular marca LG de propiedad de imputado.
- 4.- Set de dos fotografías en que constan la lesiones de la víctima en el cuello y en la rodilla.
- 5.- Declaración del testigo Guillermo Torres Celis, Funcionario de Carabineros, quien señaló que participó de un procedimiento de lesiones el día 06 de marzo de 2010, alrededor de las 23:40 horas, le manifestaron que en la guardia se encon-

traba una mujer lesionada, quien era doña R.B.V., se encontraba nerviosa y llorando, le costaba hablar, la cual dijo que fue víctima de lesiones por parte de su conviviente. Fue llevada al hospital Local a constatar lesiones y fue trasladada por el servicio de guardia, luego cuando obtuvieron su declaración, concurrieron a detener al agresor, ella lo acompañó porque no podía indicar cual era la dirección exacta, cuando llegaron al lugar, tocó la puerta y no salio nadie, le pidió llaves a la víctima y no tenía, así es que le solicitó la autorización para ingresar, señalándole la víctima que la puerta trasera se habría fácilmente. Al ingresar encontraron al agresor E.J.E.J. acostado. Agrega que la víctima le señaló que con el agresor llevaban nueve meses de convivencia y que éste la tomó por el cuello, ella se safó, él la tomó otra vez, se golpeó contra una cocina la pierna y después la arrastro hacia fuera del domicilio lo que le provocó lesiones en la espalda. Le dijo al agresor que se encontraba detenido a las 00:18 horas, él no opuso resistencia, se lo llevó a constatar lesiones, no tenía lesiones, fue trasladado al cuerpo de guardia para continuar con el procedimiento.

6.- Declaración de doña María Cecilia Zepeda Palma, funcionaria de Carabineros, quien señaló que tiene 10 años de servicio y ha realizado varias funciones en fonofamilia y niños de Carabineros de Chile, y ha sido capacitada por diversas instituciones. El día 06 de marzo de 2010 se encontraba en patrullaje y a las 23:30 horas recibieron un llamado del cuerpo de guardia dando cuenta de un procedimiento. Se consti-

tuyó en el lugar para entrevistarse con la víctima. En la unidad policial la llevaron a constatar lesiones y le tomaron declaración, ella estaba conmocionada, asustada y le narró lo sucedido, y que llevaba con el agresor nueve meses de convivencia, y en una discusión por celos él la habría agredido físicamente, la lanzó al suelo y le apretó el cuello, tenía enrojecido el cuello, la arrastró y se golpeó con una puerta y también se golpeó una rodilla y se golpeó con un marco al ser arrastrada por el agresor. Agrega que no es la primera vez que sufría agresiones por parte de esta persona, pero no había denunciado los hechos. Señala la testigo que por los dichos de la víctima, y por su perfil era posible la retractación, lo cual es frecuente. Normalmente las víctimas piden ayuda, pero no denuncian. Respecto del agresor señala la testigo que se quedó custodiando al agresor toda la noche, comenta que tiene un perfil agresivo pasivo, sin sentimiento de culpa. Las personas con dicho perfil se aprovechan de las personas de menor condición. Señala la testigo que la víctima tenía marcas en el cuello por presión, en dirección horizontal, lo que no es compatible con la autoagresión, no eran rasguños. Señala Además la testigo que era la víctima quien mantenía la casa, trabajaba al parecer en las chacras, lo cual sabe porque la víctima se lo comentó.

7.- Declaración de don Erick Knöpke Briones, funcionario de Carabineros, quien señaló que es testigo de la agresión. El día 06 de marzo se encontraba en servicio de guardia y a las 23:40 horas llegó una

mujer llorando y nerviosa, le efectúo preguntas y ella no le pudo contestar muy bien, de lo que se percató era que tenía una lesión en el cuello y le dijo que se llamaba R.A.B.V., le preguntó que le había pasado y ella dijo que había tenido una discusión con su pareja, conviviente hace nueve meses, E.J.E.J. procedió a golpearla, la empujo al suelo, se puso sobre ella y con ambas manos la trató de ahorcar, ella se safo, él la empuja y choca con la cocina donde se golpea la rodilla, trata de salir del domicilio, nuevamente él la empuja y cae en el marco de la puerta donde se golpea parte de la columna, y así llega al cuerpo de guardia donde le tomó declaración y ella le relata los hechos, de lo cual le da cuenta al sub oficial Guillermo Torres Celis, y es derivada al hospital local para constatar las lesiones, luego el Sub oficial la acompaña al domicilio. Agrega el testigo que las marcas que la víctima tenía en el cuello eran horizontales y que le tomo la primera declaración a la víctima y luego que constató lesiones le tomó una declaración formal y escrita como víctima.

8.- Declaración de don Pedro Javier Venegas Ulloa, funcionario de Carabineros, quien señala que es Sargento 1º de Carabineros y tiene 25 años de servicio y tiene varias especialidades, ha integrado las fuerzas del GOPE, escolta de ministro, tiene un curso de planimetría y fotografía forense, motos todo terreno, en escuela suboficiales especialidad enfermero de Carabineros, curso de montaña y otros. Señala que fue testigo de un hecho policial el domingo 07 de marzo tomó fotografías previa autorización de la víctima R.B.V. por

unas lesiones que habría sufrido en el cuello y en las rodillas, tenía una lesión en la zona sacra, pero ella no permitió que se le fotografiara la zona sacra. Señala que sacó dos fotos una del cuello y otra de la rodilla, las cuales fueron agregadas al parte policial donde se dio cuenta de lesiones en VIF. A las 10:30 horas de la mañana sacó las fotos. En la región del cuello tenía erosiones horizontales, como de haber sido tomada por el cuello con las manos, y en la rodilla tenía erosiones que todavía permanecía media violácea por las horas que habían transcurrido, las lesiones fueron por compresión, porque no denotaban arrastre y es difícil que hayan sido autoinferidas. Luego se le exhiben las fotografías y señala que aquellas fueron las que el tomó a doña R.B.V., agregando que dichas lesiones desaparecen aproximadamente en 48 horas, si hubieran sido equimosis demoran mas en desaparecer. Señala el testigo que también debió diligenciar una orden de investigar y tomar declaraciones a víctima e imputado, por lo que el día 12 de marzo lo llamó doña María Inés Núñez Briso para que fuera a la fiscalía, porque la señora R.B. se encontraba en ese lugar, a fin de tomarle declaración antes de que se retirara del pueblo, porque se iba a Coyhaique. En la declaración la víctima señala que el día de los hechos se encontraba con su ex pareja E.J.E.J. en el domicilio que compartían en calle XXX, y cansada de preguntarle porque estaba molesto y no le hablaba alrededor de seis días, este caballero no le contestaba así es que ella le dijo que se iba ir de la casa, y comenzó arreglar una mochila chica

con algunas pertenencias, para hacer abandono de la casa y al momento de decirle "cierra tu puerta que me voy" el señor E. se levanta de la cama en que se encontraba acostado la toma del cuello y la saca hacia la cocina diciéndole "maraca de mierda, puta, ramera, sucia" ella se golpeo la pierna, producto de los empujones ella cae al suelo y él la desliza hacia fuera de la puerta por el piso de cerámico, y en la salida de la puerta hay un palito que divide la salida del cerámico con la calle, y donde este señor la llevaba arrastrando, se golpeó la cola con el palo que separaba el cerámico con la salida de la casa, él le dijo que buscara sus cosas que se las tiró a la calle. Luego señala que después de la agresión no tuvo contacto con el agresor, solamente le llegó un mensaje del teléfono del señor E., ella accedió voluntariamente a mostrarle el mensaje y a que se le tomaran fotografías y manifestó que este caballero era celoso y le había pintado el mono, porque tiempo atrás en una fiesta ella había conversado con un ex pololo que tenía y por eso se había molestado, señala que el leyó el mensaje y decía "amorcito lindo se que no vas a entender, pero para que me buscaste tanto el odio, ódiame con toda tu fuerza, yo me quedo con tres años que voy a sacar encerrado, te va a servir para que se te pase la rabia, tu ya sabes que tu tuviste la culpa de lo que pasó me lo merezco, no he dejado de llorar desde que me soltaron, tu tenías razón soy un maricón y gorreado, te amo y me gustaría abrazarte fuerte", la victima dice que recibió el mensaje el domingo 7 como a las 11:45. El 24 de marzo citó al señor E. para tomarle declaración, le dio a conocer

los derechos y éste manifestó que iba a declarar, y señala que desde que se levantó ese día ella lo empezó celar, el día sábado 6 de marzo, por lo que él salio de la casa como a las 10:00 de la mañana y volvió a las 12:00 y ella continúo celándolo, él volvió a salir, se fue a la casa de su hermano, volvió a las 22:30 horas cuando estaba terminando la teletón, pensó que ella podría estar durmiendo, pero ella lo estaba esperando y comenzó a molestarlo por lo mismo, no la pesco, se acostó y ella empezó a decirle "te voy a cagar", y se puso una mochila y ella se araño el pecho. El se levanta para ir al baño, él la tomó de los brazos y la zamarreó, la tomo y la dejó fuera de la casa. El testigo le preguntó al imputado, porque la víctima estaba tan molesta, y el imputado le señaló que días atrás habían ido a una fiesta y una niña ex polola que el tenía de Coyhaique estaba conversando con su hermano, y la señorita R. pensó que le estaban haciendo la movida a él. El testigo le preguntó al imputado si había bebido y dijo que no y que nunca la había agredido, y que tenía antecedentes ya por VIF así es que se cuidaba por eso. Señaló también el imputado que sólo contesto un mensaje que ella le envió a las horas después de haber salido de la comisaría. Señala el testigo que el día 30 de marzo recibió instrucciones del señor fiscal para que solicitara el acceso a las llamadas y mensajes del teléfono celular del imputado y confeccionara un set fotográfico, pero el imputado no autorizó el acceso a las llamadas y mensaje, sólo a que fotografiara el teléfono. Luego se le exhibe el set fotográfico de los teléfonos celulares y el mensaje de texto. A las preguntas

del abogado defensor señala que no se advierte de las fotos que el mensaje de texto haya sido enviado por el señor E. Señala que no tomó fotografías del sitio del suceso, tampoco hizo un levantamiento planimétrico del sitio del suceso.

9.- Oficio N°251/10 de fecha 16 de marzo de 2010 del Juzgado de Letras, Garantía y Familia de Chile Chico, mediante el cual se remiten sentencias dictadas en contra del imputado E.J.E.J. en causa RIT 670-2007; 791-2007 y 707-2007, las cuales se encuentran firmes y dan cuanta de condenas en contra del imputado por los delitos de lesiones menos graves en violencia intrafamiliar, con fecha 21 de junio de 2007, se le condena a la pena de 61 días de presidio menor en su grado mínimo y se le concede el beneficio de remisión condicional de la pena; conducción de vehículo motorizado en estado de ebriedad de fecha 05 de septiembre de 2007, condenado a 61 días de presidio menor en su grado mínimo y multa de dos UTM. Se le concede el beneficio de reclusión nocturna; y lesiones menos graves en violencia intrafamiliar, de fecha 15 de enero de 2008 condenado a pena de multa de 11 UTM.

CUARTO: Que por su parte la defensa presentó la siguiente prueba testimonial:

1.- Declaración de don R.J.E.J., obrero, domiciliado en XXX de esta ciudad, quien señaló que su hermano E.E.J. estuvo en su casa el día 6 de marzo desde las cuatro de la tarde hasta las 10:30 de la noche, y el día 28 de febrero fueron a un baile, y como a la 01:30 de la madrugada se tuvo

que ir su hermano, ese día habían ido los cuatro, él, su hermano, su señora y R.B., una chica se le acerca a conversar y su hermano le dijo se iba para la casa, porque la R. se había puesto celosa. El día seis de marzo tomaron mates y después vieron la teletón, él se acostó como a las 11:00 de la noche.

2.- Declaración de doña E.C.V.B., dueña de casa, domiciliada en XXX de esta ciudad, quien señaló que el día 28 de febrero fueron a un baile y el E.J.E.J. se vino como a la 01:30 de la mañana para no tener problemas. Una niña se acercó a conversar con R. y él dijo que la chica de él se sintió mal, R., porque la otra chica se acercó a la mesa. El día 06 de marzo él llegó en la tarde a la casa, siempre va en las tardes, vieron la teletón no recuerda a que hora se fue pero antes de las 11:00 horas.

QUINTO: Que valorada la prueba rendida, con libertad, sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia ni los conocimientos científicamente afianzados, es posible dar por acreditados los siguientes hechos:

- a) Que el día 06 de marzo de 2010, a las 23:30 horas aproximadamente, el requerido E.J.E.J., discutió con la víctima R.A.B.V., en su domicilio ubicado en calle XXX de Chile Chico, y le apretó el cuello con ambas manos, la empujó, lesionándose la víctima una rodilla y la zona sacra.
- b) Que la víctima se presenta en la unidad policial de esta ciudad a las 23:40 horas aproximadamente y a las 23:45 horas se constatan lesiones por

el médico de turno del hospital local, así, a raíz de la agresión proferida por el requerido, la víctima resultó con varias contusiones cervicales, contusión rodilla derecha y contusión sacra.

c) Que el día 06 de marzo de 2010 don E.J.E.J. y doña R.A.B.V., eran convivientes, y mantenían dicha convivencia desde hace 09 meses.

SEXTO: Que al efecto de las declaraciones de los testigos Torres Celis, Zepeda Palma, Knöpke Briones y Venegas Ulloa, es posible dar por establecido el hecho de la denuncia efectuada por dona R.A.B.V., en contra de don E.J.E.J., desde que depusieron sobre hechos que presenciaron y sobre los dichos de la víctima, resultando sus declaraciones coincidentes entre si, coherentes y contundentes. Cada uno de ellos declaró respecto de los hechos que les constan por haber participado en el procedimiento que se inició en la unidad policial al efectuarse la denuncia, razón por la cual son hechos respecto de los cuales se encuentran en situación de conocer claramente. Por otra parte, no se observan en sus declaraciones un ánimo de perjudicar al requerido, ni la existencia de ganancias secundarias en sus dichos, razón por la cual parecen imparciales en sus declaraciones, al responder claramente y en forma espontánea las preguntas efectuadas tanto por el fiscal como por el abogado defensor. Así, permiten a esta juez adquirir convicción mas allá de toda duda razonable en cuanto a que la denuncia se efectuó por doña R.A.B.V., y consistió en que el requerido E.J.E.J. el día 06 de marzo

de 2010, a las 23:30 horas aproximadamente, discutió con la víctima R.A.B.V., en su domicilio ubicado en calle XXX de Chile Chico, y le apretó el cuello con ambas manos, la empujó, lesionándose la víctima una rodilla y la zona sacra.

SÉPTIMO: Que por otra parte, las lesiones se han logrado acreditar a partir del documento consistente en un comprobante de atención de urgencia de fecha 06 de marzo de 2010, suscrito por el médico de turno en el Hospital Dr. Leopoldo Ortega Rodríguez, de esta ciudad, don Nicolás Fontena, desde que dicho documento es íntegro, no ha sido controvertido por la defensa en cuanto a su credibilidad, suscrito por un médico que examinó a la víctima según lo que el mismo documento señala, y reviste caracteres de veracidad al encontrarse sucrito por un médico.

OCTAVO: Que respecto de las lesiones de la víctima, se suma al valor probatorio del comprobante de atención de urgencia, las declaraciones de los testigos Torres Celis, Zepeda Palma y Knöpke Briones, quienes vieron las lesiones de la víctima una vez que ésta se presentó en el cuerpo de guardia y pudieron apreciar las marcas que tenía en el cuello. Lo cual es corroborado por el testigo Venegas Ulloa, quien al día siguiente de la constatación de lesiones, pudo también observar las marcas, ya mas débiles, que presentaba la víctima en el cuello, y también el la rodilla y en la zona sacra, las cuales fotografió, salvo la de la zona sacra por oposición de la víctima.

NOVENO: Que la relación de convivencia entre la víctima y el requerido ha quedado acreditado también a partir de las declaraciones de los testigos, quienes señalaron escuchar a la víctima en sus declaraciones, que sumaban nueve meses de convivencia, señalándolo así también el requerido.

DÉCIMO: Que la participación del requerido E.J.E.J., ha quedado acreditada, a partir de las declaraciones de testigos, quienes escucharon la declaración de la víctima el día de ocurridos los hechos, en que ésta lo sindicó a él como el autor de las lesiones que presentaba, declaraciones que al ser relacionadas con los dichos de los testigos E.J. y V.B., presentados por la defensa, resultan coincidentes en cuanto a que el requerido se habría encontrado en su domicilio a la hora en que los hechos habrían tenido lugar, según lo declarado por la víctima, desde que ambos testigos señalan que el requerido, si bien se encontró en el domicilio de ellos toda la tarde del día 06 de marzo de 2010, éste se retiró hacia el domicilio propio aproximadamente a las 22:30 horas, y en todo caso antes de las 23:00 horas, en razón de que a esa hora ellos se acostaron. Por otra parte, los testigos Torres Celis, Zepeda Palma y Knöpke Briones, coinciden en señalar en sus declaraciones que la víctima se presentó en la unidad alrededor de las 23:30 ó 23:40 horas del día 06 de marzo, y el testigo Torres Celis, señala que ingresó al domicilio de la víctima para detener al agresor, a las 00:15, procediendo a la detención a las 00:18 horas, cuando el requerido se encontraba acostado al interior de

la vivienda, razón por la cual resulta plausible establecer que el requerido regresó a su casa el día 06 de marzo de 2010, alrededor de las 22:30 horas, teniendo lugar los hechos entre esa hora y las 23:30 horas, lo cual resulta además concordante con la declaración que el requerido ha prestado en audiencia, en la cual ha reconocido el episodio de discusión con la víctima y que la habría tomado de los brazos para sacarla fuera de la puerta del dormitorio en que se encontraba, y que una vez ocurrido este hecho pasó una media hora antes de que fuera detenido por Carabineros. Así, la circunstancia de haberse encontrado en casa de su hermano viendo la teletón a la hora en que habrían ocurrido los hechos, resulta mas bien irrelevante e inverosímil.

DECIMOPRIMERO. Que coincidiendo tanto víctima como imputado en el hecho de la discusión al interior del domicilio el día 06 de marzo de 2010, basta con aplicar principios de lógica, para establecer que si la discusión ocurrió en el horario que va de las 22:30 y 23:30 aproximadamente, en el domicilio, y a las 23:45 horas se constataron a la víctima la existencia de lesiones en el cuello, en la rodilla y en la zona sacra, que el requerido fue el autor de las lesiones, desde que no parece existir otra explicación que concuerde con los principios de la lógica, ya que no había nadie mas en el domicilio a esa hora, y por la hora en que llegó a la unidad policial la víctima y la hora en que se produjo la detención, no existe antecedente alguno para creer que la víctima fuera lesionada por otra persona en el trayecto que va del domicilio a la unidad

de guardia de la tercera comisaría de Chile Chico, sobre todo si en ese trayecto demoró aproximadamente 10 minutos.

DECIMOSEGUNDO: Que tampoco resulta posible que la víctima se haya autoinferido las lesiones, en razón de que los funcionarios policiales pudieron apreciar el estado en que se encontraba la víctima al momento de efectuar la denuncia en la unidad policial, señalando que ésta apenas podía hablar, estaba asustada, conmocionada y lloraba, lo cual es compatible con una agresión de parte del conviviente en la forma en que ella lo relata, que por lo demás siempre fue la misma forma en que se lo relató a todos los testigos.

DECIMOTERCERO: Que los testigos señalaron que las marcas de la víctima en su cuello tenían una dirección horizontal, y el testigo Vengas Ulloa, que fue quien tomó las fotos y tiene experiencia en ello, también señala que las marcas parecían horizontales, resultando difícil que hayan sido autoinferidas. Por otra parte, en atención a la hora en que fueron tomadas las fotografías, aproximadamente once horas después de ocurridos los hechos, aún quedaban secuelas de las mismas, por lo cual parece ser que de haber sido autoinferidas, estas habrían sido mas leves desapareciendo totalmente en once horas, lo cual no ocurrió. Ello aún cuando en las fotografías se apreciaran levemente las marcas del cuello, ya que la persona que las tomó, pudo señalar al tribunal cual era la magnitud de la marca el día y a la hora en que la imagen fue captada, y por ello no serán atendidas las alegaciones de la defensa respecto de la escasa nitidez de las marcas en las fotografías.

DECIMOCUARTO: Que así, la participación del requerido se puede establecer a partir de indicios como lo son:

- a) Las declaraciones de los testigos quienes reproducen de igual forma la denuncia efectuada por la víctima en que imputa al requerido las lesiones que presentaba. Al efecto ya se ha referido el tribunal a la valoración de sus declaraciones.
- b) En su relato el requerido señala que él no causó las lesiones a la víctima por cuanto el día y la hora en que ésta señala haber sido agredida, él se encontraba en casa de su hermano viendo la teletón, y por otra parte señala que cuando llegó a su efectivamente discutió con la víctima, por los celos de ella y la tomó de los brazos para sacarla fuera del dormitorio en que se encontraba, y resulta que en su declaración ante el testigo Venegas Ulloa, el requerido dijo que había zamarreado a la víctima al tomarla de los brazos, y que ésta se habría arañado el pecho, en circunstancias que al constatarle lesiones a la víctima no se detectaron lesiones ni en los brazos ni en el pecho, lo cual claramente resta credibilidad al relato del requerido, y refuerza la denuncia de la víctima, desde que efectivamente existió una discusión en el domicilio y hubo un tipo de agresión, difiriendo requerido y víctima en cuanto a como se produjo la agresión, siendo mas creíble

por encontrarse sustentado en medios de prueba la teoría de la víctima.

c) Que la circunstancia que el requerido quiera eximirse de responsabilidad al señalar que no se encontraba en el domicilio a la hora en que la víctima señala haber sido agredida, y luego reconozca la existencia de una discusión en el domicilio una vez que él regresa al mismo, es un indicio de querer el requerido modificar el curso de los hechos para crear alguna duda al tribunal, lo cual no se produce, porque si reconoce la existencia de la discusión en el domicilio, y señalan además sus testigos que el requerido salió del domicilio de ellos a las 22:30 horas aproximadamente, cae fuertemente la relevancia que pretende darle a la circunstancia de haberse encontrado en otro lugar a la hora en que habrían ocurrido los hechos.

DECIMOQUINTO: Que en consecuencia la tesis de la defensa no es creíble en razón de lo que se ha señalado, y por lo cual el tribunal no dará lugar a sus alegaciones, en primer lugar, porque la circunstancia de no haber comparecido la víctima a declarar en juicio, en nada afecta la convicción que el tribunal ha adquirido respecto de su declaración al efectuar la denuncia, con las declaraciones prestadas por los testigos que la escucharon declarar, máxime, cuando se trata de un delito en contexto de violencia intrafamiliar, desde que resulta posible la retractación de la víctima, y en nada afecta tampoco que el testimonio de ésta se haya reconstruido a partir de testigos de oídas, cuando éstos aparecen verídicos en sus relatos, los cuales no sólo son de oídas, sino también presenciales, desde que ellos estuvieron con la victima el día de la denuncia, vieron el estado en que se encontraron y pudieron apreciar las lesiones que esta tenía en el cuello, así, no hay motivo alguno para creer que aquello no sucedió, si todos los testigos coinciden en ello de una manera coherente. En segundo lugar, ya se ha dicho respecto de las lesiones, que la circunstancia de no ser apreciadas con facilidad en las fotografías exhibidas en juicio, lo cual se pude decir respecto de las lesiones en el cuello y en la zona sacra, en nada afecta tampoco la convicción que el tribunal adquirió respecto de su existencia, ya que un médico las constató, y de lo cual dejó testimonio en un documento suscrito por él, y además los testigos pudieron apreciarlas, incluso aquel que tomó las fotografías pudo señalar al tribunal cual era la magnitud de la marca en el cuello al momento en que tomó la fotografía. En tercer lugar, si bien se pudo haber mejorado la prueba de cargo con la declaración de medico que constató las lesiones, su ausencia no ha creado en el tribunal aquella duda que impide condenar, por el grado de convicción que generaron las demás pruebas, lo mismo se puede decir de la ausencia de un croquis y fotografías del sitio del suceso. En cuarto lugar, si bien los testigos y el certificado de atención de urgencia pueden diferir en cuanto a si las lesiones corresponden a contusiones, erosiones o presiones, en rada afecta la convicción que adquiere el tribunal en este punto, desde que el médico es quien tiene mas experticia en este punto, y lo señalado por los testigos es lo que vieron y pudieron apreciar, sin que

su calificación de las lesiones pueda desvirtuar lo señalado en el documento, ni menos la existencia o no de las lesiones. Por otra parte escasa relevancia tiene si el medico indicó o no si las lesiones cervicales se encontraban en la parte delantera o trasera del cuello, desde que señala que existen varias contusiones cervicales, así estaban en el cuello y eso fue lo que apreciaron también los testigos.

DECIMOSEXTO: Que respecto de las fotografías del mensaje de texto que el requerido habría enviado a la víctima al día siguiente de ocurrido los hechos, si bien el requerido reconoce haber enviado un mensaje a la víctima, no existen antecedentes suficientes para estimar que el mensaje exhibido en juicio fue remitido por el requerido a la víctima, puesto que si bien el testigo que fotografió el mensaje dice que fue recibido el día 07 de marzo de 2010 a las 11:45 horas, no puede señalar si vino del teléfono celular del requerido o fue escrito por éste, razón por la cual dicha prueba será desestimada.

DECIMOSEPTIMO: Que la convicción exigida por el artículo 340 del Código Procesal Penal para condenar, requiere que no exista duda razonable, sin que sea necesario establecer a partir de las pruebas rendidas, la verdad material que exige el sistema de la prueba tasada, sino que basta con que el tribunal se forme la convicción positiva en cuanto a que los hechos ocurrieron y en ellos tuvo participación culpable el requerido, pudiendo en consecuencia existir dudas, siempre que no sean de aquellas de tal magnitud e importancia en virtud de

las cuales el tribunal razonablemente pueda estimar que falta una pieza o eslabón importante para poder establecer la responsabilidad del requerido, y en la especie eso no ocurre, ya que se ha adquirido la convicción necesaria para condenar, ya que las falencias observadas por la defensa respecto de la prueba de cargo, no son de la magnitud suficiente para impedir la condena.

DECIMOCTAVO: Que los hechos que se dan por acreditados satisfacen la descripción típica contemplada en el artículo 399 en relación con el artículo 400 y 494 N°5 del Código Penal, y el artículo 5 de la ley 20.066 consistente en el delito de lesiones menos graves en contexto de violencia intrafamiliar, en grado de consumado, toda vez que de la prueba rendida se ha podido establecer que el requerido lesionó a la víctima, con la cual mantenía una convivencia de nueve meses.

DECIMONOVENO: Que a partir del extracto de filiación y antecedentes del requerido, y las sentencias condenatorias dictadas en contra del requerido, se puede establecer que le perjudica la agravante de responsabilidad penal consistente en la reincidencia especifica, ya que ha sido condenado en dos oportunidades anteriores por el delito de lesiones menos graves en contexto de violencia intrafamiliar.

VIGÉSIMO: Que la ley establece para el delito en cuestión, las penas de relegación o presidio menores en su grado mínimo o multa de 11 a 20 UTM, y concurriendo respecto del requerido una agravante de respon-

sabilidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 67 del Código Penal, la pena debe imponerse en el máximun, y habiendo solicitado el Ministerio Publico la pena de 540 días de presidio menor en su grado mínimo, estima el Tribunal que la pena privativa de libertad resulta mas condigna con la conducta del requerido, pero no se impondrá en el quantum solicitado, en atención a la magnitud de la lesiones causadas, por estimar el tribunal que el mal causado no fue mayor, y la circunstancia de que la víctima se haya tenido que ir de la ciudad, es algo connatural al delito que de por sí afecta las relaciones de familia, y el delito en cuestión conlleva además una sanción accesoria por dicha circunstancia.

VIGESIMOPRIMERO: Que respecto del beneficio solicitado por la defensa, estima el tribunal que no se cumplen los presupuestos legales para ello, ya que en virtud de lo dispuesto en el artículo 8 letra c) de la ley 18.216, que establece un requisito que dice relación con la conducta del requerido, anterior y posterior al hecho punible, señalando que si los antecedentes personales del condenado, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permiten presumir que la medida de reclusión nocturna lo disuadirá de cometer nuevos delitos, lo cual no se cumple respecto del requerido de autos, desde que ya ha sido condenado anteriormente por delitos de la misma especie y se le ha concedido el beneficio de remisión condicional de la pena, por estimar el Tribunal en su oportunidad que no

era necesaria la ejecución efectiva de la pena, sin embargo con posterioridad comete nuevo delito, oportunidad en la cual el tribunal estima que la medida de reclusión nocturna lo disuadirá de cometer nuevos delitos, lo cual tampoco sucede, ya incurre en otro delito de lesiones menos graves en contexto de violencia intrafamiliar. Así no es posible que en esta oportunidad pueda estimarse nuevamente que la medida de reclusión nocturna lo disuadirá de cometer nuevos delitos, puesto que ya ha demostrado el requerido que ello no ocurrirá, sobre todo cuando ha demostrado ser reincidente delito de la misma especie, razón por la cual no se le concederá el beneficio solicitado.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículos 1, 12 N°16, 14, 15, 18, 21, 22, 24, 25, 26, 30, 50,67, 69, 399, 400, 494 N°5, del Código Penal, 47, 297, 340, 341, 342,348,396 y siguientes del Código Procesal Penal, 5, 9 y 16 de la ley 20.066, **se declara**:

I.- Que se CONDENA al requerido E.J.E.J., ya individualizado, a la pena de TRESCIENTOS UN DÍAS de presidio menor en su grado mínimo, más la accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, como autor del delito de lesiones menos graves en contexto de violencia intrafamiliar, en grado de consumado, cometido en

contra de doña R.A.B.V., el día 06 de marzo de 2010, en esta comuna.

II.- Que el sentenciado deberá cumplir la pena impuesta de manera efectiva, debiendo presentarse al cumplimiento de la condena en Gendarmería de esta ciudad, dentro de quinto día de ejecutoriado el presente fallo.

III.- Que se impone además al sentenciado la medida accesoria contenida en el artículo 9 letra b) de la ley 20.066, consistente en la prohibición de acercarse a la víctima doña R.A.B.V., a su domicilio, lugar de trabajo o estudio, así como a cualquier otro lugar al que ésta concurra o visite habitualmente., por le plazo de un año.

Cúmplase con lo dispuesto en el artículo 468 del Código Procesal Penal, ejecutoriado que sea el presente fallo.

Regístrese y archívese en su oportunidad y de no interponerse recurso alguno.

RIT: 1.467-2010.-

RUC: 1000211903-5.-

Dictó doña **MÓNICA COLOMA PULGAR**, Jueza del Juzgado de Letras, Garantía y Familia de Chile Chico.

VALORACIÓN DEL ART. 26 DE LA LEY 20.084. PROCEDENCIA DE UNA SANCIÓN DE INTERNACIÓN EN RÉGIMEN CERRADO SIN EXISTIR MODIFICATORIAS

Fernando Santelices Ariztía1

Comentario:

La determinación de la sanción para un adolescente no es un proceso simple ya que se deben integrar los criterios generales tendientes a determinar la extensión de la pena junto con otros especialmente creados para seleccionar el tipo o naturaleza que tendrá la intervención. Al respecto, se constata que por diversos motivos los tribunales usualmente van agotando una a una las distintas alternativas que les otorga el catálogo de sanciones establecido para cada tramo por el artículo 23 de la Ley 20.084 al momento de determinar la sanción. Si bien no se conocen estudios empíricos al respecto, se sostiene que no sería errado afirmar que es una práctica interpretativa frecuente de la judicatura cuando la privación de libertad es la medida de último recurso conforme al artículo 26 de la ley.

No es objeto de este breve comentario analizar las razones o justificaciones que podríamos dar a favor o en contra de esta práctica, que por cierto creemos no es atribuible única y exclusivamente al sentenciador, sino compartir un fallo que, abandonando el criterio señalado, recoge a nuestro juicio la esencia de la determinación de sanciones para los adolescentes: una sanción acorde a las necesidades de intervención del menor, idónea para los fines de la ley y respetuosa en el caso concreto con el mandato de aplicar penas privativas de libertad como último recurso tratándose de adolescentes.

El joven sancionado presentaba una serie de antecedentes en el sistema de justicia penal. Su habitualidad delictiva era tal, que a su respecto se habían aplicado distintas instituciones jurídicas posibles a fin de lograr su responsabilización, reinserción y evitar su privación de libertad. En su favor se había aplicado el principio de oportunidad, la suspensión condicional, medidas del Art. 155 del Código Procesal Penal, sanciones a trabajos comunitarios y, por cierto, libertades asistidas.

A pesar de todo anterior, el adolescente mantuvo su vinculación al sistema, siendo detenido en múltiples ocasiones, a veces sólo con días de diferencia. Asimismo, en diversas ocasiones los tribunales debieron dictar órdenes de detención para garantizar su comparecencia. Su vinculación principalmente era con delitos de robo por sorpresa y hurto, lo que limitaba en parte la imposición

¹ Fiscal Adjunto, Fiscalía Territorial A de Santiago, Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte, Ministerio Público.

de sanciones de mayor intensidad, pero que demuestra también las carencias del sistema de sanciones al momento de buscar una medida que logre efectivamente responsabilizar y rehabilitar a un adolescente, dotando de suficiente contenido a las sanciones para hacerlas efectivas.

Para el caso, el joven fue detenido en flagrancia, a minutos del hecho, en las inmediaciones del domicilio afectado y portando especies procedentes del ilícito, lo que significó que el juez decretara su internación provisoria. Sólo se decretó su libertad en una audiencia fijada de oficio por el tribunal de garantía, el cual revocó y modificó la medida a pesar de estar presentada la acusación en contra del adolescente, de no haber variado los antecedentes de acreditación del delito y de participación, y de mantenerse los mismos supuestos que daban cuenta de que existía peligro de fuga y peligro para la seguridad de la sociedad. En esa oportunidad el tribunal dispuso el arresto domiciliario nocturno, medida sobre la cual el Ministerio Público apeló verbalmente, no accediendo el juez y confirmando la Corte por no estimar admisible el recurso, sin perjuicio de solicitar informe al tribunal de garantía². Como era de esperarse, el imputado no dio cumplimiento satisfactorio a la medida cautelar, se vio involucrado en otro hecho delictual de menor gravedad y no llegó a la audiencia de Juicio Oral fijada en el 4° Tribunal Oral en lo penal de Santiago, el cual sólo pudo llevarse a efecto un mes y medio después aproximadamente.

En la tramitación del caso, llama la atención el comportamiento que asumió el tribunal de garantía a la hora de revisar las medidas cautelares, situación que en adultos sería inusual, pero que al parecer, por tratarse de un adolescente, al juez le pareció atendible, lo que demuestra en nuestra opinión, resabios de un sistema tutelar y paternalista en la intervención con menores que cometen delitos. Nuestra apreciación crítica no se contradice con la necesidad de establecer mayor celeridad o prontitud a la hora de revisar las medidas cautelares de adolescentes, pero estas audiencias no deben desnaturalizarse por el sólo hecho de estar referidas a menores. El mero transcurso del tiempo y la minoría de edad no demuestran una variación de la necesidad de cautela.

Siguiendo con el fallo, tal como resolvió el Tribunal Oral, en este caso las múltiples ocasiones en las cuales el adolescente había sido sancionado bajo libertad asistida no tuvieron efecto alguno en su comportamiento, lo que sumado a la gravedad del delito y su forma de comisión permitieron al tribunal entender que una sanción en libertad, e incluso una con modalidad mixta, no cumpliría con los objetivos previstos en el artículo 20 de la Ley 20.084 y, principalmente, que una sanción distinta no era idónea conforme al artículo 24 letra f) de la Ley 20.084, esto es, para fortalecer el respeto por los derechos y libertades de las personas. Como se puede apreciar, no existiendo circunstancias modifica-

² Al respecto, el magistrado Cristián Sánchez Rivera del 7° Juzgado de Garantía de Santiago presentó ante la Corte de Apelaciones de Santiago el Oficio n°1884 de fecha 14 de abril de 2010 en respuesta al Oficio 40/2010 de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, informe presentado para la vista del recurso de hecho presentado por la fiscalía.

torias, el tribunal tuvo la posibilidad de recorrer todo el tramo del Art. 23 N°2 de la ley.

Por otra parte, existiendo condenas anteriores sólo a régimen de libertad asistida especial, el tribunal sólo podía plantearse la posibilidad de utilizar una sanción de internación en régimen semicerrado o bien una modalidad mixta conforme al tramo. A pesar de todo ello, el tribunal a la luz del debate y los antecedentes expuestos, estimó que la única sanción posible, y con reales posibilidades de significar un cambio en la conducta del adolescente y su respeto por los derechos ajenos, era la internación total en régimen cerrado. De esta forma, la aplicación dada por el tribunal al artículo 26 de la ley supera la fórmula tradicional y no se limita a analizar antecedentes y aplicar la sanción correspondiente al próximo peldaño, probablemente, porque el próximo peldaño no daba garantías de éxito.

De esta forma, el fallo viene a marcar una diferencia, confirmando que a la hora de analizar qué sanción solicitar y qué sanción imponer no necesariamente se deben aplicar en forma gradual el catálogo de sanciones, agotando una a una las mismas, como la única fórmula posible para llegar al sentido del artículo 26 de la ley, siendo necesario que los criterios del artículo 24 de la ley se analicen y debatan a cabalidad. Viene en confirmar también que el interés superior del adolescente y la minoría de edad no se bastan a sí mismas para solicitar sanciones de menor intensidad que signifiquen en definitiva un desequilibrio entre el derecho del estado a efectuar una persecución penal eficiente y eficaz y el necesario respeto por los derechos del adolescente y su reinserción.

Sentencia:

Santiago, veintidós de junio de dos mil diez.

VISTOS, OIDOS LOS INTERVINIENTES Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Tribunal e intervinientes. Ante esta sala del Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, constituida por la Juez Presidente doña Geni Morales Espinoza e integrada por los magistrados doña María Elisa Tapia Araya y don José Ramón Flores Ramírez, se llevó a efecto el juicio oral de la causa Rol Interno N°84-2010, seguido en contra de J.P.C.C., chileno, carné de identidad N°XXX, natural de San-

tiago, 17 años de edad, estudiante, soltero, domiciliado en XXX.

El acusado estuvo representado por doña Yessica Aguilera, abogado de la Defensoría Penal Pública.

Sostuvo la acusación el Ministerio Público, representado por el fiscal señor Fernando Santelices.

Ambos profesionales con domicilio y correo electrónico ya registrados en el tribunal.

SEGUNDO: Acusación. Que la acusación contra el imputado, según el auto de apertura se fundó en los hechos que siguen: "El día 23 de diciembre de 2009, aproximadamente a las 20:00 horas, el menor de

edad J.P.C. acompañado de dos sujetos aun no identificados, ingresaron al edificio ubicado en calle santa rosa N°32, comuna de Santiago, lugar en el cual procedieron a forzar la chapa de acceso, fracturar y desprender de su base la puerta de acceso principal del inmueble departamento 31, lugar en donde vive María Rementeria, quien no se encontraba en ese momento, procediendo en su interior a revisar las especies, sustrayendo desde el mismo diversas especies muebles propiedad de la víctima, entre ellas: 01 televisor plasma marca philips, 01 cámara digital, 01 dvd, 01 impresora, dándose a la fuga los sujetos con las especies en su poder. Vecinos de la victima llamaron a carabineros, quienes lograron la detención del menor C. en las inmediaciones del lugar, encontrándose en poder de este el televisor sustraído a la victima, los otros sujetos se dieron a la fuga con el resto de las especies.

A juicio del Ministerio Público el hecho materia de esta acusación, es constitutivos del delito de Robo en lugar habitado, ilícito previsto y sancionado en el artículo 440 N°1 en relación con el artículo 432 del Código Penal, que se encuentra en grado de consumado.

El acusador fiscal le atribuye al acusado la calidad de autor del delito de robo por sorpresa señalado precedentemente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 N °1 del Código Penal.

Que a juicio de la Fiscalía concurre en la especie la atenuante privilegiada del artículo 21 de la ley N.º 20.084. Solicita la sanción de 5 años de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social, penas accesorias y el pago de las costas.

TERCERO: Alegatos de apertura, clausura y réplica del Ministerio Público y de la Defensoría Penal Pública.

El ente acusador sostuvo lo expuesto en la acusación fiscal, agregó que el delito fue cometido por un menor de edad, en diciembre del año 2009. El lugar fue un inmueble habitado, siendo su dueña quien depondrá como se encontraba su departamento antes de la comisión del delito. Un vecino declarará de que modo se cometía y otro expondrá como vio al acusado haciendo abandono del lugar en compañía de otros dos sujetos más, con las especies en su poder. Carabineros que se encontraban en las proximidades fueron alertados telefónicamente por una vecina, al llegar al inmueble se encuentran con un vecino que les indica por donde se dieron a la fuga los sujetos, uno de ellos fue encontrado a unas dos cuadras con una de las especies, que fue reconocida por la víctima.

Finalmente pidió que se le impusiera la pena de cinco años de régimen cerrado con programa de reinserción social.

La defensa, en su alegato de apertura expuso que este es un juicio que no debería haber llegado a esta instancia. Agregó, que no cuestionará la detención, su representado declarará y colaborará. La intención del adolescente no era afectar la integridad física de los moradores, se cerciora-

ron que la ofendida no estuviera para proceder sobre el departamento.

CUARTO: Audiencia de circunstancias modificatorias ajenas al hecho, determinación y cumplimiento de la pena. Después de comunicado el veredicto de condena, se llamó a los intervinientes a discutir sobre la concurrencia de circunstancias modificatorias ajenas al hecho y factores relevantes para la determinación y cumplimiento de la pena.

El Ministerio Público señaló que la petición de pena está amparada en los artículos 20 y 24 letra f) de la ley 20.084, de ahí el quantum de lo solicitado.

Acompañó copia del extracto de filiación y antecedentes de **J.P.C.C.**, en el cual se registran cuatro condenas por robo por sorpresa. También en el Servicio de Registro Civil tiene ocho órdenes de aprehensión.

Por otro lado, en el Octavo Juzgado de Garantía registra una causa pendiente por hechos ocurridos el día 2 de abril de 2010, por portar elementos conocidos para la comisión de delitos, por tanto un régimen de libertad asistida no es idóneo como sanción.

Que, a la fecha de comisión de los hechos que se conocen en este juicio tenía diecisiete años y cinco meses, es decir, estaba muy cercano a cumplir la mayoría de edad.

Sólo una sanción privativa de libertad como en régimen cerrado es posible en este caso, de acuerdo al artículo 26 de la ley antes citada, debe ser la última opción, pero ya ha tenido otras, que no han producido efecto alguno en el menor adolescente.

Ya tiene audiencia por quebrantamiento de otras libertades asistidas.

A su turno, la defensa, concuerda que un régimen en libertad asistida ya no funciona respecto del menor, pero que estando en el segundo tramo del artículo 23 de la ley 20.084, la sanción idónea sería una mixta de tres años y un día, dos en régimen semicerrado y uno de libertad asistida especial.

Acompañó informe de permanencia, el cual permite presumir que una sanción en régimen semicerrado será cumplido por el adolescente.

QUINTO: Acusado. Que en presencia de su defensor el acusado fue legalmente informado acerca de los hechos materia de la acusación y renunció a su derecho a guardar silencio, declarando en la oportunidad establecida en el artículo 236 del Código Procesal Penal.

SEXTO: Prueba del Ministerio Público. Que, con el objeto de acreditar los elementos de su imputación, el Ministerio Público presentó en juicio como evidencia, las declaraciones de María Rementería Palomino, Anghela Tirapegui Palomino, Esteban Cordero Santander, Nelson Lizana Verdugo y de Aldo Sepúlveda Hormazabal, además de fotografías mencionadas como otros medios de prueba.

SÉPTIMO: <u>Prueba de la Defensa</u>. La defensa del acusado, se valió de los mismos medios de prueba presentados por el Ministerio Público.

OCTAVO: Hecho. Que ponderados en forma libre los elementos de prueba rendidos durante la audiencia del juicio oral y sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, de conformidad con el artículo 297 del Código Procesal Penal, éste Tribunal, más allá de toda duda razonable, ha logrado adquirir la siguiente convicción: "Que el día 23 de diciembre de 2009, aproximadamente a las 20:00 horas, el menor de edad **J.P.C.**C.acompañado de dos sujetos aún no identificados, ingresaron al edificio ubicado en calle Santa Rosa N°32, comuna de Santiago, lugar en el cual procedieron a forzar la chapa de acceso, fracturar y desprender de su base la puerta de acceso principal del departamento N°31, lugar en donde vive María Rementeria, quien no se encontraba en ese momento, procediendo en su interior a revisar las especies, sustrayendo desde el mismo un televisor plasma marca Philips, una cámara digital, un bolso de notebooke, audífonos y un disco duro, dándose a la fuga con las especies en su poder. Vecinos de la victima llamaron a Carabineros, quienes lograron la detención del menor **C.C.** en las inmediaciones del lugar, encontrándose en poder de éste el televisor sustraído a la ofendida, los otros sujetos se dieron a la fuga con el resto de las especies".

NOVENO: <u>Valoración de los</u> <u>medios de prueba</u>. Que los intervinientes acordaron como convención probatoria, que el acusado era menor de edad a la fecha de comisión del delito.

Que, en los hechos reseñados, han concurrido todos y cada uno de los presupuestos normativos del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación.

Para tal afirmación el Tribunal les reconoció credibilidad a los testigos que declararon en estrados.

Así, Esteban Cordero Santander, expresó que el día 23 de diciembre de 2009, llegaba a su departamento, abrió la reja principal del edificio que no tiene ascensor, entró al hall, en el fondo sintió pasos de personas que bajaban por la escalera, observó a tres personas, que nunca antes había visto en el edificio, venían con un televisor envuelto en ropa de cama, los quedó mirando. Se preocupó, ya que familiares suyos quedan solos en el departamento, se asustó, subió las escaleras, no alcanzó a llegar a su departamento porque vio que el departamento de la vecina estaba descerrajado, ella tiene mascotas y se asomaban por la puerta. Tocó el timbre a la gente del frente, ya que son parientes de la víctima, dijeron que ya habían llamado a Carabineros. Bajó y ellos ya estaban en la puerta del edificio, les dijo que los había visto para donde caminaron, los acompañó, uno escolares les dicen que van por San Isidro con Marcoleta, que uno de ellos caminaba con un televisor y les había parecido extraño. Carabineros corrió al lugar, a unos cinco minutos los policías volvieron al edificio diciendo que habían capturado a una persona, que correspondía a la que les había descrito como vestía.

Se trataba de tres jóvenes, el que portaba el televisor medía aproxi-

madamente un metro setenta, pelo relativamente corto, vestía chaqueta deportiva color negro y jeans modernos desgastados.

En la audiencia reconoció al acusado como la persona a la que se ha referido con su declaración y reconoció las vestimentas que usaba en la foto que se le exhibió por el Fiscal.

Agregó, que la afectada llegó a los pocos minutos, antes que Carabineros retornara al lugar con el detenido, lo primero que echó de menos fue su televisor.

Corrobora lo expuesto, lo dicho por el Cabo 2° Nelson Lizana Verdugo, quien expresó que el 23 de diciembre de 2009 realizaba labores de servicio fuerza tarea con dos Carabineros y el Subteniente Sepúlveda. Estando en Alonso Ovalle con Santa Rosa recibieron una llamado de la central de comunicaciones advirtiendo que en calle Santa Rosa N°32 se estaba cometiendo un robo y que al parecer los sujetos aún se encontraban en el domicilio. Llegaron al lugar en menos de tres minutos, en la entrada se encontraba un señor que les dijo que los sujetos recién habían salido, uno de ellos con un plasma. Que iban por calle Marcoleta con San Isidro. Se quedó en el carro policial mientras los otros funcionarios salieron en persecución de los sujetos. Luego lo llamaron para que fuera con el carro hasta el Metro Santa Lucía, volvieron al inmueble afectado con el detenido y la especie que se le encontró, siendo reconocido por la víctima el televisor recuperado.

En la audiencia reconoció al acusado como la persona que fue detenida

ese día y a quien se le encontró en su poder el televisor de la afectada.

Coincide con su testimonio lo relatado por el Subteniente de Carabineros Aldo Sepúlveda Hormazabal, quien manifestó que el 23 de diciembre de 2009, realizaba servicio fuerza de tarea, acompañado de tres funcionarios más. A eso de las 19:30 ó 20:00 horas la central de comunicaciones disponía que los móviles más cercanos a calle Santa Rosa N°33 ó 34 concurrieran al lugar ya que se efectuaba un robo en lugar habitado. Se encontraban como a unos cincuenta metros así es que concurrieron al lugar, se bajó de la patrulla junto a otro funcionario, tocó el timbre y apareció un testigo que les dijo que los sujetos se acababan de ir, que se dirigían por tal dirección y que tenían tales y cuales características, que eran tres. Que salieron en esa dirección y doblaron en la esquina, por una calle que no recuerda. Un taxista les avisó que iban por ahí, doblaron y se percataron de la presencia de uno de ellos. Con su acompañante lo detuvieron, dispuso que llegara el carro y que se hicieran las diligencias respectivas.

En la audiencia reconoció al acusado como la persona que detuvo ese día.

Le dijo que estaba detenido por tal delito y le preguntó si andaba con otras personas, respondiendo negativamente.

Una vez detenido, lo subieron al calabozo del carro junto con el plasma, volvieron al lugar, la víctima fue a preguntar por los objetos que le robaron, ahí le exhibieron el televisor y lo reconoció como de su propiedad. Agregó, que ingresó al inmueble afectado, había indicios claros de la fractura de la puerta, el inmueble tenía varias chapas, por seguridad, al interior estaba todo desordenado. La víctima dijo que le faltaban otras especies, como una impresora, cámara filmadora o fotográfica.

La ofendida dijo que había salido de su domicilio unos veinte minutos antes, que lo dejó cerrado, sin fracturas y en perfectas condiciones. Luego entrevistaron a la testigo que vive frente al departamento de la afectada, dijo que ella llamó a Carabineros puesto que sintió fuerte el golpe de cuando trataban de abrir la puerta y vio cuando los sujetos entraron al departamento.

Se le exhibieron ocho fotografías mencionadas en el N°1 de otros medios de prueba, advirtiendo el testigo que correspondían al sitio del suceso, donde se ve la fractura o fuerza en la puerta de ingreso, el dormitorio, especies sobre la cama, veladores dado vuelta, una sábana y el televisor recuperado, respectivamente.

Concuerda con la prueba expuesta, lo dicho por Anghela Sofía Tirapegui Palomino, quien relató que estaba en su casa, son dos departamentos por piso, uno frente al otro, que siendo entre las siete y media u ocho de la tarde escuchó unos golpes muy fuertes, hasta que su perra comenzó a llorar, se levantó vio por el ojo de la puerta que habían dos personas agachadas golpeando el marco de la puerta, llamó a su hermano por teléfono que vive en el cuarto piso, no contestó, entonces llamó al 133,

en eso miró de nuevo y la puerta ya estaba abierta, habían ingresado. Llamó por teléfono a su prima que vive en ese departamento, porque no sabía si ella se encontraba en el interior, respondió y le dijo que no, entonces le informó que ya había llamado a Carabineros.

Agregó, que vio a tres sujetos salir con un bulto, que correspondía a una sábana donde llevaban el televisor de su prima. Al poco rato sonó el timbre de su departamento, era un vecino, le dijo que habían robado al frente, luego sonó el citófono y eran Carabineros, bajó el vecino, luego ella pero ya habían salido a buscar a los que habían robado, se quedó con un Carabinero, subió a ver que habían robado, en eso llegaron de nuevo y le informaron que habían detenido a un sujeto y que habían recuperado el plasma.

Que uno de los sujetos usaba zapatillas blancas y que el que salió con el plasma era más alto, pelo muy corto, moreno, todos eran muy jóvenes, entre 17 o 18 años.

Finalmente y en armonía con la evidencia ya reseñada se encuentra el testimonio de la ofendida María Gabriela Rementería Palomina, quien dijo que el día 23 de diciembre de 2009, bajó de su departamento a juntarse con unos amigos, como a las ocho y media, dejó todo cerrado. Se dirigió a Bellavista, recibió un llamado telefónico de su prima, le preguntó donde estaba, luego le dijo que había unos hombres al interior de su departamento, se devolvió de Bellavista, se demoró como veinte minutos. Llegó a su departamento, la puerta se encontraba destrozada, habían sacado hasta un pedazo de concreto, una funcionaria de Carabineros le dijo que ya habían detenido a una persona con su televisor. Observó su dormitorio con gran desorden habían sacado todas las cosas, no estaba una cámara digital, un bolso de notebooke, unos audífonos y un disco duro.

Se le exhibieron las fotografías ya incorporadas dando suficiente razón de lo que veía en ellas.

Que, los dichos de los testigos fueron considerados, serios, creíbles, verosímiles y coincidentes para dar por concurrentes todos y cada uno de los elementos del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación. Así, se trató de la apropiación de cosa mueble (un televisor, una cámara digital, un bolso, audífonos y un disco duro), ajena (pues la ofendida logró acreditar su preexistencia y dominio), con ánimo de lucro (todas las especies son susceptibles de ser valoradas en dinero), contra la voluntad de su dueño y cometido con escalamiento (lo puerta de ingreso al departamento fue fracturada con el fin de acceder a éste y sustraer las especies mencionadas). Además, dicho inmueble si bien al momento de cometido el hecho se encontraba sin la víctima en su interior, claramente estaba destinado a la habitación, toda vez que le servía de morada, lo que se acreditó suficientemente con los dichos de los testigos, víctima y fotografías exhibidas que ilustran que su finalidad normal era servirle de vivienda y hogar.

Además, no obstante no haber existido controversia en cuanto al hecho

y la participación del acusado, los testigos fueron debidamente contra interrogados por la defensa no logrando desacreditar sus testimonios, sin perjuicio de las imperfecciones propias de los relatos, luego del tiempo transcurrido, que no inciden en una situación de fondo para restarles credibilidad.

DÉCIMO: Calificación jurídica de los hechos acreditados. Que los hechos establecidos en el considerando octavo de esta sentencia configuran el delito consumado de robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación, previsto y sancionado en el artículo 440 N°1 del Código Penal, en relación con el artículo 432 del mismo texto legal, desde que el acusado, en ausencia de su moradora, forzó la chapa, fracturó y desprendió de su base la puerta de acceso del departamento N°31 de calle Santa Rosa N°32, comuna de Santiago, sustrayendo diversas especies.

UNDECIMO: Participación. Que si bien el análisis de la participación del acusado se efectuó junto al examen del hecho, resulta pertinente señalar que la misma se determinó con el mérito de la prueba testimonial presentada por el Ministerio Público, de igual forma, con los reconocimientos efectuados por los testigos que depusieron en el juicio.

De esta forma, quedó acreditada la responsabilidad directa y precisa del acusado C.C., en los términos del artículo 15 N°1 del Código Penal, en el hecho por el cual fue imputado, formalizado y acusado por el Ministerio Público.

DUODECIMO. <u>Circunstancias</u> modificatorias de responsabilidad penal.

Se rechaza la circunstancia atenuante alegada por la defensa a favor de su representado, prevista en el artículo 11 N°9 del Código Penal, esto es, haber colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos, puesto que el adolescente sólo se limitó a renunciar a su derecho a guardar silencio y adecuó su testimonio a fin de atenuar o disminuir su responsabilidad en los hechos, sin que se considere sustancial que se haya ubicado en el lugar de los mismos, toda vez que la prueba del acusador fiscal fue contundente para situarlo en el sitio del suceso a la hora en que se desarrollaron los mismos.

DECIMO TERCERO: <u>Determinación de la pena</u>. Que, para la determinación de la pena a imponer se tendrá presente:

Que el acusado nació el día 26 de agosto de 1992, es decir, que a la fecha de ocurrencia de los hechos tenía más de catorce años y menos de dieciocho, de manera que para los efectos de la ley 20.084 será considerado adolescente.

En cumplimiento de la misma, para establecer la duración de la sanción que se impondrá, el Tribunal aplicará a partir de la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley, de conformidad a lo ordenado en el artículo 21 del mismo texto legal.

Que, al acusado no le benefician atenuantes ni le perjudican circuns-

tancias agravantes, por lo que el Tribunal podrá recorrer la pena en toda su extensión.

Así, la sanción quedaría en el tramo de presidio menor en su grado máximo, es decir, tres años y un día a cinco años. De manera que se podrá imponer las penas de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social, internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social o libertad asistida especial.

Que la defensa pidió que se impusiera a su representado una sanción mixta consistente en dos años de régimen semicerrado y uno de libertad asistida especial. Para ello acompañó un informe de permanencia, el cual permite presumir que el menor adolescente cumplirá un régimen semicerrado.

Que, efectivamente el informe de permanencia ha sido elaborado en términos positivos en cuanto a la actitud del menor en relación al trato con sus compañeros y adultos responsables de su permanencia, como asimismo, que se haya adecuado en forma efectiva a rutina y actividad de la unidad, no es menos cierto que, el mismo informe señala que dado el corto período de permanencia en el Centro de Internación Provisoria no es posible desarrollar un análisis más acabado de su proceso de permanencia.

Atendido lo expuesto en dicho informe y a las innumerables oportunidades en que el adolescente ha sido beneficiado con el régimen de libertad asistida especial, sin que haya provocado el menor efecto en su conducta y a la imposibilidad por parte de sus familiares de contener al acusado, este Tribunal estima que la pena más idónea en este caso es la de tres años y un día de régimen cerrado con programa de reinserción social.

Para la determinación de la pena, estos jueces aplicaron los criterios establecidos en el artículo 24 de la ley citada. Así tuvieron en consideración que el adolescente fue declarado culpable por un delito de robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación, considerado de gravedad, al haber actuado coludido con otros sujetos y poniendo potencialmente en peligro otros bienes jurídicos distintos de la propiedad.

Su participación fue en calidad de autor y previo y con posterioridad a estos hechos registra antecedentes en Fiscalía que lo vinculan con el sistema penal, por situaciones similares.

Por último, la extensión del mal causado a la víctima se vio minimizado al haberle encontrado en su poder la especie de mayor valor económico.

De esta forma, la sanción que se impondrá resulta idónea para el acusado a la luz de los antecedentes vertidos en la audiencia, ya que el régimen cerrado se extenderá por el lapso señalado en los cuales se podrá intervenir a J.P.C. con el objeto de fortalecer el respeto que debe tener por los derechos y libertades de las personas, además podrá estudiar al interior del centro habilitándolo de tal forma para cumplir sus necesidades de desarrollo y de reinserción.

Por lo que, atendido el mérito de las consideraciones precedentes y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1, 15 N°1, 28, 68, 69, 432, 440 N°1 y 450 del Código Penal; 1, 36, 39, 41, 42, 45, 47, 295, 296, 297, 309, 323, 333, 340, 341, 342, 343, 344, 346, 348 y 351 del Código Procesal Penal y 600 del Código Orgánico de Tribunales, artículo 6° y siguientes de la ley 20.084, **SE DECLARA:**

I.- Que, se CONDENA a **J.P.C.C.** ya individualizado, a la pena de tres años y un día de régimen cerrado con programa de reinserción social, como autor de un delito de robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación, cometido el día 23 de diciembre de 2009 en la comuna y ciudad de Santiago.

II.- Se le reconoce para efectos de abono el tiempo que ha permanecido privado de libertad con motivo de este juicio, es decir, desde el día 23 de diciembre de 2009 al 29 de marzo de 2010 y desde el día 2 de junio del mismo año a la fecha, según consta del auto de apertura y del sistema computacional, respectivamente.

Se le exime del pago de las costas del juicio por estar patrocinado por la Defensoría Penal Pública.

III.- Una vez ejecutoriada esta sentencia, remítanse los antecedentes necesarios al Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago para su cumplimiento y ejecución.

IV.- Devuélvase la prueba y antecedentes incorporados por los intervinientes.

V.- Cúmplase con lo dispuesto en el artículo 17 de la ley 19.970.

Redactó la sentencia el magistrado don José Ramón Flores Ramírez.

REGISTRESE y COMUNÍ-QUESE.

ROL UNICO: 0901228646-2

RIT N°84-2010

Pronunciada por la Sala del Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, integrada por los jueces titulares señoras Geni Morales Espinoza y María Elisa Tapia Araya y don José Ramón Flores Ramírez.

CONTENIDOS

Artículos

Comentarios al modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas establecido por la Ley N°20.393 en relación a los delitos de cohecho

Hernán Fernández Aracena

Delito de desvío de sustancias químicas controladas Lorena Rebolledo Latorre

Aportes a la evaluación pericial de víctimas en delitos sexuales

Francisco Maffioletti Celedón y Sofia Huerta Castro

Modificaciones a la Ley de Propiedad Intelectual *Alejandro Moreira Dueñas*

Modelos de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas en la Ley Nº 20.393

Antonio Segovia Arancibia

Aspectos jurisprudenciales sobre el delito de amenazas en violencia intrafamiliar Eva Curia Castro y María José Taladriz Eguiluz

Sentencias Comentadas

Sentencias asociadas a la investigación y Juicio Oral en contra de la alcaldesa María Amelia Herrera Silva: caso "Revista"

Claudia Ortega Forner

Comentario al fallo dictado por la Corte Suprema en el cual se analiza la teoría de la ilicitud de la prueba y la actuación de agentes encubiertos en el marco de la Ley N° 20.000

Ximena Marcazzolo Awad

Comentario al fallo del Tribunal Constitucional acerca de la aplicabilidad de los artículos 5, 16, 17 y 1 transitorio de la Ley 19.970, que crea el Sistema Nacional de Registros de ADN

Catalina Duque González

Fallo condenatorio en juicio simplificado contradictorio, con víctima de VIF retractada Álvaro Sanhueza Tasso

Valoración del artículo 26 de la Ley N°20.084. Procedencia de una sanción de internación en régimen cerrado sin existir modificatorias *Fernando Santelices Ariztía*

Fallos

Rechaza recurso de nulidad deducido por la defensa. Conducción en estado de ebriedad. Prueba ilícita. Fuente independiente

Corte Suprema

Requerimiento de inaplicabilidad rechazado. Entrada en vigencia del Código Procesal Penal en la Región Metropolitana. Procedimiento abreviado. Ley más favorable

Tribunal Constitucional

Requerimiento de inaplicabilidad rechazado. Artículo 248 del Código Procesal Penal. Facultad del fiscal de no perseverar en la investigación

Tribunal Constitucional